IL

# DIGESTO ITALIANO

## VOLUME XXII

PARTE TERZA

IL

# DIGESTO ITALIANO

## ENCICLOPEDIA

METODICA E ALFABETICA

DI

## LEGISLAZIONE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

DIRITTO CIVILE, COMMERCIALE, PENALE, GIUDIZIARIO
COSTITUZIONALE, AMMINISTRATIVO, INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO
ECCLESIASTICO, MILITARE, MARITTIMO

STORIA DEL DIRITTO — DIRITTO ROMANO — LEGISLAZIONE COMPARATA

COMPILATA

DA DISTINTI GIURECONSULTI ITALIANI

### VOLUME XXII
PARTE TERZA

(DIREZIONE SPECIALE DEL PROFESSORE **PASQUALE FIORE**)

TORINO
UNIONE TIP.-EDITRICE TORINESE
MILANO - ROMA - NAPOLI
1889-1897

# IL DIGESTO ITALIANO

## ENCICLOPEDIA

METODICA E ALFABETICA

## DI LEGISLAZIONE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

## SUCCESSIONE (DIRITTO DI SUCCESSIONE)

### INTRODUZIONE

#### I. — Generalità.

1. Significato della parola *successione*. — 2. Codice prussiano. — 3. Codice austriaco. — 4. Codice francese. — 5. Codice napoletano. — 6. Codice di Parma. — 7. Codice sardo e Codice estense. — 8. Codice italiano. — 9. Codice sassone e progetto di Codice civile per l'Impero tedesco. — 10. Il posto del diritto di successione nel sistema ed ordinamento sistematico di esso.

1. La parola successione nel suo significato più generale indica una relazione tra *prima* e *poi*, un rapporto di momenti, che seguonsi, o una sequela di momenti. Ciò che si avvera nel tempo cade in un ordine di successione (1). La vita psichica dell'uomo sta in una successione di sensazioni, di rappresentazioni, di concetti, di volizioni. La storia si sviluppa in una successione di fatti o di eventi. La scienza si forma e si amplia per una successione di scuole e di scrittori. E questo ampio significato della parola successione risponde alla equivalente della lingua latina (*successio*) (2).

In un significato giuridicamente tecnico la parola successione indica il subentrare di una persona al posto di un'altra in un determinato e singolo rapporto giuridico. Così si ha successione nella proprietà di una cosa per donazione, compra-vendita, permuta, ecc. Anche questo significato ha il riscontro nel diritto romano (3).

In un significato giuridico più ristretto intendesi per successione il subentrare di una persona al posto di un'altra nella totalità dei suoi rapporti patrimoniali o in singoli rapporti a causa e dopo la morte della stessa. Il diritto che regola tal rapporto di successione è il *diritto di successione*. In questo senso il diritto di successione è una parte del diritto privato, e nell'ordinamento sistematico più comunemente accettato ne è l'ultima (4). Ma anche nel diritto pubblico il diritto di successione ha una grande

(1) Aristotele definisce il tempo: *il numero del movimento in rapporto al prima ed al poi* (Ἀριθμὸς κινήσεως κατὰ τὸ πρότερον καὶ ὕστερον, c. II; Schl., *De coelo*, I, 9, 279, *a*, 14.

(2) Cic., *De fin.*, l. 11: *Doloris amotio successionem efficit voluptatis*; L. 3, § 13, D. *De origine iuris* (1, 2); Pomponius: *Post hoc deinde de auctorum successione dicemus*.

(3) L. 17, § 5, *De pactis* (2, 14); Paulus: *Et si per donationem successio facta sit*.

(4) Conf. la mia *Enciclopedia giuridica*, § 27, 3ª ed. (Napoli 1885).

e speciale importanza. Nelle monarchie ereditarie le leggi fondamentali regolano la successione al trono. La successione al trono nel regno d'Italia è regolata secondo la legge salica (art. 2 Statuto) (1).

Prescindendo dai rapporti della successione nel diritto pubblico, il diritto di successione nel campo del diritto privato ha anche esso il duplice generale significato del diritto, cioè del diritto in senso obiettivo come *norma*, e del diritto in senso subiettivo come *potere, facoltà*. In senso obiettivo il *diritto di successione* è l'insieme delle norme o precetti che regolano la successione dopo la morte. In senso subiettivo indica o la facoltà di succedere di una persona, o la natura del diritto, da una persona acquistato in seguito a successione (2).

Nel diritto romano il *ius successionis* è preso in un significato anche più ristretto, oltre a quelli già notati, in quanto esso designa il subentrare di una persona nella totalità dei rapporti patrimoniali del defunto, e si ha l'*hereditas*, come nei seguenti passi. L. 208 *De verb. signif.* (50, 16). AFRICANUS *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac* IUS SUCCESSIONIS *et non singulas res demonstrat;* L. 24 eod.: GAIUS *Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit.*

Restringendo il diritto di successione alla successione universale, cioè alla totalità dei rapporti patrimoniali del defunto, la quale costituisce in senso proprio l'eredità, il *diritto di successione* è equivalente al *diritto ereditario*. E si usa anche in un significato più generale designare tutto il diritto di successione col nome di diritto di eredità, o diritto ereditario, comprendendo non solo la successione *in universum*, ma anche la particolare. I compilatori del digesto han preferito di trattare il diritto di successione alla parola successione, e secondo me a ragione, poichè più larga e comprensiva della parola eredità.

Secondo che si succeda per un principio di diritto, per la vocazione della legge, o per volontà del defunto, vocazione testamentaria, si ha la *successione legittima* o *intestata* (*successio legitima, ab intestato*) (3), o la *successione testamentaria* (*successio ex testamento*) (4). E si ha una successione universale (*in universum*) o particolare (*in singulas res*), secondo che si succeda nella totalità dei rapporti patrimoniali ovvero in un singolo rapporto. Oltre alle due forme già ricordate di successione, legittima e testamentaria talune legislazioni riconoscono una successione per convenzione o patto (*successio ex pacto, successio pactitia*).

È da rimandare a speciali trattati di diritto romano e di diritto tedesco le specifiche nozioni sulla successione, riferentisi in particolare a questi due diritti. Qui a complemento di queste prenozioni al diritto di successione, credo opportuno aggiungere talune notizie riferentisi alla codificazione moderna, ed in ispecie ai Codici italiani già aboliti ed al Codice vigente.

**2.** Il Codice prussiano del 1794, quello austriaco del 1811, ed il Codice francese del 1804 sono tre codici che presentano tre diversi tipi di codificazione, e che, a prescindere da altre ragioni, pel fatto stesso della loro lunga perduranza hanno un grande valore storico (5). Ed in rapporto al diritto di successione, è innanzi tutto a notare che il Codice prussiano non lo tratta in un ordine sistematico come un tutto, ma lo ha scisso in differenti punti del sistema; il che è universalmente riconosciuto come un difetto (6). Seguendo la tendenza dottrinaria propria di quel Codice, di definire istituti e rapporti, già fin da principio (parte I, tit. 2) trovansi definizioni riferentisi al diritto successorio. Il patrimonio del defunto (*Verlassenschaft*) è considerato come l'insieme di cose e di diritti. In rapporto a coloro, che a tale insieme succedono, esso dicesi eredità (7). L'acquisto dell'eredità è trattata accanto ai modi di acquisto della proprietà (8). Il testamento, i codicilli ed i contratti ereditari sono considerati come titoli di acquisto della proprietà, e trattati in connessione dei titoli di acquisto tra vivi (9). La successione ab

(1) Conf. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, vol. II, p. 361 e segg., 3ª ediz. (Firenze 1884).

(2) Baron, *Pand.*, § 388 (Leipzig 1885); conf. Windscheid, *Pand.*, § 605, testo e nota 12 (Düsseldorf 1878).

(3) L. 14, pr. Cod. *De legitimis heredibus*, 6, 58.

(4) L. 1, Cod. *De collationibus*, 6, 20.

(5) Conf. sul carattere generale di questi tre Codici il mio scritto: *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, p. 9-11 (Roma 1887).

(6) V. Foerster, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, § 243 in fine.

(7) *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, I, 2, §§ 33-35.

(8) A. L. R., I, 9, § 350 e segg.

(9) A. L. R., I, 12, § 1 e segg.

*intestato* è rannodata al diritto di famiglia (1). Chi succede nell'universalità del diritto del defunto è chiamato erede, sia che succeda in virtù della legge nelle successioni *ab intestato*, sia che in forza della vocazione testamentaria (2).

**3.** Il Codice austriaco tratta del diritto di successione nella Parte seconda: *Dei diritti sulle cose*. Il diritto di eredità è, secondo l'enumerazione di questo Codice, il quinto dei diritti reali (3); e vien trattato in fine. L'asse ereditario è il complesso dei diritti e degli obblighi di un defunto in quanto non siano fondati sopra relazioni meramente personali (§ 531, Cod. austr.). Il diritto esclusivo di prendere il possesso dell'intero asse ereditario o di una parte di esso determinata (per es. una metà, un terzo, un quarto) dicesi *diritto di eredità*. Chi vi è chiamato dicesi *erede*, e l'asse ereditario in rapporto a lui chiamasi *eredità* (§ 532). Il successore universale è chiamato erede, sia che succeda per legge, sia che per testamento (conf. § 533). L'eredità deferita per legge o *ab intestato* è chiamata *successione legittima* (*Gesetzliche Erbfolge*) (4).

**4.** Nel Codice francese le successioni son trattate nel libro III, *Dei differenti modi coi quali si acquista la proprietà*. In un senso stretto il Codice francese usa la parola successione solo nel caso delle successioni *ab intestato*: la successione in questo senso è contrapposta alle *donazioni tra vivi* ed al testamento, il quale nell'art. 711 viene anche designato come *donazione testamentaria* (*donation testamentaire*). Sotto l'epigrafe *Delle successioni* il titolo I del libro III regola le successioni *ab intestato*; e sotto l'epigrafe *Delle donazioni tra vivi e dei testamenti* il titolo II tratta prima delle regole comuni a queste due specie di disposizioni di beni, che esso indica come le sole, con cui si possa disporre a titolo gratuito (art. 893) (5), indi delle regole proprie delle donazioni tra vivi (cap. IV), infine delle disposizioni testamentarie (cap. V). Anche il diritto successorio nel Codice francese porta l'impronta di una transazione, che i compilatori di esso vollero fare tra il diritto scritto a base essenzialmente romana di alcuni paesi della Francia, ed il diritto consuetudinario, a base germanica, di altri paesi. Pel diritto romano il successore universale è erede, sia che sia chiamato dalla legge nelle successioni legittime, sia che sia chiamato dalla volontà del testatore. Pel diritto consuetudinario solo erede è il successore universale legittimo, l'erede del sangue (6). L'istituito erede nel testamento è sempre un legatario, ed in talune consuetudini si giunse persino a ritenere come nulla una disposizione testamentaria sotto forma di istituzione di erede (7). Nella successione *ab intestato* distinguonsi successori regolari ed irregolari: i primi sono i parenti legittimi del defunto: i secondi sono il figlio naturale, il coniuge superstite e lo Stato. Secondo una testuale disposizione il figlio naturale non è erede (art. 756). Nelle successioni testamentarie il successore per testamento è designato sempre come *legatario*: vi hanno tre specie di *legatarii*: *legatarii universali*, *legatarii a titolo universale* e *legatario particolare*. Il legato universale è la disposizione testamentaria, con la quale una o più persone sono chiamate all'universalità dei beni (art. 1003). Il legato a titolo universale è quello in cui il testatore lega una quota parte dei beni (per esempio la metà, il terzo), o tutti gli immobili, o tutti i mobili, o una quantità determinata degli uni e degli altri (art. 1010) (8). Ogni altro legato è una disposizione a titolo particolare. V'hanno dunque nel testamento *successori universali* (*legatarii universali* ed *a titolo universale*) (9) e *successori particolari*. Ai parenti legittimi, chiamati nella successione *ab intestato*, il Codice francese dà espressamente il nome di *eredi legittimi* (art. 723, 724). Essi acquistano *ipso iure* il possesso dei beni, dei diritti e delle azioni

---

(1) A. L. R., II, 1, § 438, 500, 621-633, 638-664, 893-908, II, 2, §§ 271, 272, 300-302, 348-377, 489-499, 519, 520, 579-589, 647-671, 681, 691-694, 701, 702, 720, 737-746, 761, 762, II, 3, § 31-52.

(2) Conf. i testi citati in precedente nota per la successione legittima, e per la successione testamentaria basta riscontrare la definizione del testamento (A. L. R., I, 12, §§ 3, 4).

(3) Cod. austriaco, § 308: « I diritti reali sulle cose sono: il diritto di possesso, di proprietà, di pegno, di servitù e di eredità ». Cito la traduzione italiana ufficiale.

(4) Cod. austr., parte II, sez. I, cap. 12. Vedi inoltre § 727.

(5) Tit. II, cap. I-III.

(6) *Institution d'héritier n'à point de lieu;* Loisel, *Institutes Coutumières*, n. 304. Vedi *Consuetudine di Parigi*, art. 299, Orléans 287, ecc.; Conf. Troplong, *Don. et test.*, n. 1435. *Solus Deus heredem facere potest non homo;* Glanville, *De legib. Angliae*, lib. 7, cap. 1.

(7) Furgole, cap. 7, n. 6; Borbonese, art. 324; Meaux, art. 28; Chaumont, art. 23; Vitry, art. 101. Vedi Troplong, op. cit., n. 1762.

(8) Talvolta essi sono detti *eredi istituiti*. Vedi articoli 1002, 1037.

(9) In contrapposto agli eredi *successori universali propriamente detti* (*sensu stricto*), vedi Aubry e Rau, § 599; Zachariae, § 719.

IL

# DIGESTO ITALIANO

---

## VOLUME XXII

PARTE TERZA

che originaria fosse la successione legittima *ab intestato*, e che la successione testamentaria, stabilita anche essa per legge, si manifestasse, come dice il Mommsen, come *una dispensa legale della successione legale « ab intestato »* (1). Finalmente la precedenza storica della successione *ab intestato* si induce anche dall'ordinamento della successione dei *sui*, che da Gaio sono detti *domestici heredes* (2), e che acquistano l'*hereditas ipso iure*, e senza bisogno di *aditio*. Sul carattere di questa successione dovrò tornare in seguito; qui soltanto può notarsi col Kuntze, che la successione del *suus heres* si rappresenta come una reliquia di un più antico ordine successorio. Se l'obbligo della istituzione o della diseredazione dei *sui* si rannodasse a tale antico ordinamento, o se fu posteriore innovazione, ed in qual tempo avvenisse, qui non è a ricercare. Nello sviluppo ulteriore il diritto romano ci presenta un sistema, nel quale, mercè l'istituto della legittima, accordasi il diritto della famiglia con la libertà di testare.

**5.** I grandi pensatori dell'antichità greca non si distaccarono dal concetto nazionale ellenico del carattere essenzialmente famigliare del diritto ereditario. È stato detto che in Platone la trattazione di esso ha maggiore interesse per la scienza delle antichità, che per la filosofia del diritto (3). Ma in ogni caso è assai importante il punto di partenza di Platone. Imperciocchè egli nota il conflitto tra il desiderio dell'individuo di disporre arbitrariamente pel caso di morte e l'interesse dello Stato, che considera il patrimonio di lui più come appartenente alla serie dei membri di una generazione e discendenza, alla schiatta ed allo Stato, che all'individuo stesso. Riferendosi all'oracolo di Pizia, Platone osserva che già è difficile per l'individuo l'avere esatta conoscenza di ciò che è veramente utile, che la coscienza poi è affievolita nel momento della morte, quando la vecchiaia o la malattia hanno indebolito l'animo e l'intelletto (4). E Platone, accettando nelle leggi (5) l'ordinamento fondamentale della successione ateniese nel diritto attico, lo riduce alla vocazione del successore siccome figlio. E così, come nel diritto attico, il testamento si collega all'istituto dell'adozione. In Aristotele il pensiero sulla successione non è ampiamente sviluppato. Forse egli ne avrebbe discorso in quella parte della Politica, nella quale doveva trattare delle leggi, e che a noi non è pervenuta, o perchè non scritta dall'autore, o perchè andata smarrita (6). Tuttavia trattando delle istituzioni, che conservano lo Stato, ed a proposito dello Stato oligarchico, egli afferma che le eredità non debbansi trasmettere per testamento, ma ai congiunti: e che più eredità non debbano pervenire alla stessa persona. E ciò per mantenere l'eguaglianza dei beni (7). Ed in altri passi Aristotele si mostra avverso alla libertà di testare (8). Ciò è in accordo coi concetti da lui espressi sull'ordinamento della proprietà e della famiglia, e conforme al modo (9), col quale egli organizzò la proprietà nel suo modello di stato ottimo (10). In fondo Aristotele non si distacca gran fatto dal concetto di Platone espresso nelle leggi, e dagli ordinamenti positivi del diritto successorio ateniese, ed anche in lui prevale la successione di famiglia ed *ab intestato* (11).

**6.** Si è già notato come sia controverso nel diritto romano se la successione *ab intestato* precedesse storicamente la testamentaria; ma messa da banda qui questa questione, in rapporto alla giustificazione

(1) Mommsen, *Storia romana*, p. 129. Se più tardi il Mommsen, determinando la natura dei *comitia calata*, opina che il popolo in essi facesse solo da testimone, non esclude che in più antiche assemblee il popolo deliberasse. Il testamento come l'arrogazione debbono appartenere all'originaria sfera della legislazione: la formale approvazione del popolo nelle curie o nelle centurie si è trasformata in pura testimonianza in un'epoca posteriore: « Niun privato contratto, egli dice, meno due unilaterali dichiarazioni di volontà, come sono l'istituzione dell'erede e l'adizione dell'eredità, può fondare una successione universale nei diritti e nei doveri. Vi è quindi bisogno di una legge, e come l'arrogazione si fonda su una decisione delle curie, così anche il dritto della successione testamentaria fondasi formalmente sull'autorizzazione dello Stato. » Vedi Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, II, 1, p. 36, 37 (Leipzig 1874).

(2) Gai, *Inst.*, II, § 157.

(3) Hildenbrand, *Ges. und Syst. der Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 222 (Leipzig 1860).

(4) Plat., leg. XI, 922, *b-e* 923, 924, ecc.

(5) Nel mio scritto già citato *Dottrina dello Stato nell'antichità greca*, ho ritenuto che il dialogo delle leggi sia autentico. Vedi p. 61, n. 1. Per una notizia più completa su questa questione può riscontrarsi Hildenbrand, *Ges. und Syst. der Rechts- und Staatsphil.*, p. 176, n. 1. Contro l'autenticità delle leggi si è dichiarato anche Onken nella sua dotta opera *Die Staatslhere der Aristoteles*, vol. I, p. 194 (Leipzig 1873).

(6) Che Aristotele avesse in animo di scrivere anche particolarmente delle leggi è provato già dalla conclusione all'*Etica* a Nicomaco, *Eth. Nic.*, X, 10, 23. Per le ulteriori prove vedi Hildenbrand, op. cit., p. 352.

(7) Arist., *Pol.*, V, c. VII, 12: καὶ τὰς κληρονομίας μὴ κατὰ δόσιν εἶναι ἀλλὰ κατὰ γένος, μηδὲ πλειόνων ἢ μιᾶς τὸν αὐτὸν κληρονομεῖν.

(8) *Pol.*, II, c. V, 4; c. VI, 10, 11.

(9) Conf. il mio scritto: *La dottrina dello Stato nell'antichità greca*, p. 99-103 (Napoli 1873).

(10) *Pol.*, VII, c. IX.

(11) Conf. Pepere, *Storia del diritto*, vol. II, p. 580 (Napoli 1874).

della successione *ab intestato* è importante il ricordare, che almeno pei *sui*, Paolo e Gaio si accordano nel considerarla come fondata in una specie di comproprietà della famiglia (1), il qual pensiero fu poscia anche ripetuto da Giustiniano nelle sue *Istituzioni* (2). Quanto al testamento esso fu giustificato, riconoscendo la garentia dovuta alla volontà dei defunti, come una *voluntas ultra mortem* (3). E nel passo di Quintiliano, nel quale si contiene questo pensiero fondamentale, si accenna al concetto profondo, che vietando il testamento non è più integro il diritto di proprietà (*Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, ut cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus*). E profondo è il concetto che anche la successione testamentaria, in quanto è confermata dalla legge, è una successione legittima (4).

**7.** Gl'interpreti del diritto, dopo il risorgimento della scienza del diritto romano, furono condotti ad esaminare la ragione giustificatrice della successione dalla distinzione ammessa nelle fonti tra modi di acquisto *ex iure gentium* e modi di acquisto *ex iure civili* (5). Poichè non tutti i giureconsulti romani pare che avessero lo stesso concetto del *ius naturale*, talora il *ius gentium* viene ad esso agguagliato. Così per es. nel § 11, *Inst.* IUST., *De rerum divi* (II, 1), dove contrappongonsi i modi di acquisto *ex iure naturali* o *ex iure gentium* a quelli *ex iure civili*. Il *ius gentium* è concepito come un diritto più antico ed anteriore al *ius civile*, e da ciò il diritto romano prende le mosse per far precedere la trattazione dei modi di acquisto *ex iure gentium* (6). Ora Ermogiano mentre riferisce al diritto delle genti la distinzione dei dominii e molteplici contratti, tace delle successioni (7). Invece Teofilo riferisce al *ius naturale*, insieme al matrimonio, alla procreazione ed alla educazione, anche la successione dei figli; con che la natura, che destina tutti gli animali alla morte, loro concede una certa immortalità; e pone tra gl'istituti del *ius gentium*, accanto a molti contratti ed alle donazioni, anche i testamenti (8). E concorda con Teofilo anche Isidoro, riferendo al *ius naturale* la *successio liberorum* (9). I glossatori in generale, sulla base delle fonti del diritto giustinianeo, ritennero che il diritto di successione tanto *ab intestato* quanto testamentario avesse origine nel *ius civile* (10). Ed intravidero la difficoltà di giustificare il testamento, contenendo questo una disposizione pel momento della morte, in cui il diritto di proprietà si estingue (11). In seguito Bartolo, Paolo De Castro, Fulgosio, Iasone, Claro ed altri giureconsulti considerarono le successioni così *ab intestato* come testamentarie *iuris gentium quoad inventionem*, *iuris civilis quoad formam et solemnitatem*. Ed un giureconsulto abruzzese, del secolo XVI, il Vivio, nel suo celebre trattato sulle *Communes opiniones* la dice, di fronte a quella dei glossatori, *opinio magis communis magisque vera* (12).

---

(1) *Quodammodo* DOMINI *existimantur*. Gai *Inst.*, II, § 157; L. 11, Dig. *De lib. et post.* (28, 2); *Coll. Mos. et Rom.*, 26, 3, § 6; Paul. *Sent.*, IV, 8, § 6.

(2) *Inst.* § 3, *De hered. quae ab intestato* (3, 1).

(3) Quinct., *Declam.*, 308: Neque enim aliud videtur solatium mortis quam *voluntas ultra mortem*. Alioquin, ecc. Conf.: Cic., *Tuscul. quaest.*, I, c. 14.

(4) L. 130, Dig. *De verb. sign.* (50, 16); Ulp.: Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

(5) L. 1, pr. Dig. *De adq. rer. dom.* (41, 1); Gaius: Quarumdam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarumdam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae, § 11; *Inst.* Iust., *De rer. div.* (II, 1). Conf.: Gai *Inst.*, § 65, II.

(6) L. 1 pr. Dig. *De adq. rer. dom.* (citata sopra): Et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit. § 11 *Inst.* Iust. *De rer. div.*: Commodius est itaque a vetustiore iure incipere. Palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt. In generale sul concetto del *ius naturale*, del *ius gentium* e del *ius civile* vedi la mia prolusione: *Sul concetto del dritto naturale e del dritto positivo nella storia della filosofia del diritto*, p. 12-14 (Napoli 1873), e nella mia *Enciclopedia giuridica*, p. 48, n. 3, 3ª ediz. (Napoli 1885). Per le particolarità in rapporto ai varii giureconsulti romani riscontra, Voigt, *Ius naturale, aequum et bonum* und *ius gentium* der Römer, vol. I (Leipzig 1856).

(7) L. 5, Dig. *De iust. et iur.* (1, 1); Hermogianus: Ex hoc iure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.

(8) Theoph. *Par.*, § 2, *De iur. nat.* (1, 2).

(9) Isid. *Orig.*, L. V, § 1.

(10) Vedi: *Glos. ad* L. 1, Dig. *De adq. rer. dom.*, *glos. ad* § 11, *Inst.* Iust., *De rer. div.*

(11) L. 32, D. *De her. inst.* (28, 5): Illa institutio quos Titius voluerit, ideo vitiosa est quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. *Glossa ad hanc leg.* Et est ratio: quia vult conferre in alienum arbitrium quod *vix in suo permittitur* s. *statuere de rebus in eum casum quo suae futurae non sunt.*

(12) Vivius, *Communes Opiniones*, L. 1, op. IV, n. 2 (Aquilae 1537).

**8.** Prescindendo dall'esposizione particolare delle opinioni dei posteriori giuristi, e dei così detti precursori della scuola del diritto naturale, Grozio afferma che il testamento è fondato sul diritto naturale, benchè riceva la forma certa dal diritto civile. Esso è conseguenza del diritto di proprietà, del diritto di alienazione, che della proprietà è elemento essenziale. Dice il Grozio: io posso alienare, sottoponendo l'alienazione ad un modo, alla condizione, nè soltanto irrevocabilmente, ma anche revocabilmente, ritenendo il possesso e l'usufrutto. Di qui la definizione del testamento: *Alienatio autem in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim iure possidendi ac fruendi est testamentum* (1). Dall'altro lato la successione *ab intestato* è anche essa fondata sul *ius naturae*. Essa ha origine dalla *coniectura voluntatis*. Introdotti i dominii, introdotti i testamenti, non è probabile che chi non abbia disposto dei suoi beni abbia voluto che essi ricadano al primo occupante; ma è probabile invece che abbia voluto lasciarli a persone a lui congiunte, e la legge interpretando la volontà dei defunti, congetturando sulla stessa, stabilisce un ordine di successione *ab intestato* e legittimo (2). Ma la base di questa congettura è per Grozio l'equo e l'onesto, anzi il dovere, il *debitum* e l'*officium* (3). Però, mentre il Grozio riferisce la successione dei discendenti al *debitum*, e trattandosi di beni di famiglia, quella degli ascendenti e dei collaterali alla presunta volontà, fondata sull'*officium referendae gratiae*, come egli dice (4), trattandosi di beni acquisiti, in cui questo *officium* cessa, il fondamento è la presunzione dell'affetto (5). Grozio riduce adunque la successione *ab intestato* ad un testamento tacito: *Successio autem ab intestato nihil aliud est, quam tacitum testamentum* (6).

**9.** Il concetto di Grozio che la successione sia fondata sul diritto naturale, fu tosto combattuto. Il Pufendorfio fonda la successione testamentaria sul diritto positivo (7), riproducendo così il concetto dei glossatori (8); ed oppugna l'analogia tra l'alienazione contrattuale ed il testamento. L'alienazione presuppone nello stesso tempo l'esistenza di due persone, quella che trasferisce il dominio, e quella cui è trasferito. Ma il testatore mentre vive nulla trasferisce, e quando muore, perde ogni diritto, e non può dirsi fatta un'alienazione per quel tempo, in cui le cose non sono più sue. Nè la difficoltà è tolta, affermando che l'alienazione si fa al momento in cui è scritto il testamento, ma che è sospesa dall'*eventum mortis*, perchè nell'alienazione presupponesi il concorso delle due volontà, la volontà di colui che trasferisce il diritto, e di colui al quale il diritto è trasferito (9). Secondo il Pufendorfio, il testamento non è la conseguenza necessaria del diritto di proprietà: è pensabile che il proprietario abbia il diritto di alienare tra vivi, e non quello di disporre pel caso di morte. Tuttavia benchè di diritto positivo, egli finisce per giustificare il testamento, notando che se si può alienare tra vivi la proprietà, ritenendo sulla cosa durante la vita un certo diritto; nel diritto positivo si può anche introdurre il vero testamento, considerando essere utilissimo che il disponente sinchè vive, rimanga pienamente proprietario delle sue cose, cangiando i meriti dell'erede e la nostra inclinazione. Oltrechè il testamento è giustificato per la sicurezza del disponente, e dall'utilità che la disposizione rimanga segreta. Ed accenna infine per l'origine dei testamenti ad una specie di convenzione tra gli uomini (10). Quanto alla successione *ab intestato* il Pufendorfio si attiene ai concetti di Grozio: la successione è fondata sulla presunzione, ma è presunta non tanto la volontà che fu, quanto *quella che doveva essere*. È esplicato in conseguenza il concetto del *dovere*, che si ha già in Grozio (11). E prescindendo dalle particolari ragioni che il Pufendorfio assegna per la

---

(1) *De iure bel. ac pac.*, L. II, c. VI, § 14, n. 1.

(2) *De iure bel. ac p.*, L. II, c. VII, § 3.

(3) Loc. cit.: Creditur autem in dubio id quisque voluisse, quod aequissimum atque honestissimum est. In hoc autem genere prima est causa eius, quod debetur: proxima eius, quod etsi non debetur, officio congruit.

(4) *De iure bel. ac pac.*, lib. II, c. VII, 9.

(5) Grot., loc. cit., § 10.

(6) Grot., loc. cit., § 10, n. 2.

(7) Puf., *De iure nat. et gent.*, lib. IV, cap. X, §§ 2, 6.

(8) Conf. sop. n. 7. Nella edizione di Venezia del 1625 (l'anno stesso in cui fu pubblicata la celebre opera di Grozio) delle *Istituzioni* di Silvestro Aldobrandino con aggiunzione di Cornelio Briziano ed altri giureconsulti alla L. II, tit. 10 pr., *De test. ord.*, è citata la glossa già indicata, ed è detto anche più esplicitamente: « Iure antiquissimo soli successioni ab intestato locus erat, indulsit autem id lex ex quadam humanitate, et per vim dispensationis; quia secundum *naturalem rationem* nemo potest disponere de re in casum, quo sit mortuus: nec amplius ipsius rei dominus ».

(9) Puf., op. e loc. citati, § 2.

(10) Puf., op. e loc. cit., § 6.

(11) Puf., op. cit., L. IV, cap. XI, § 1: « In dubio autem praesumitur quemque id voluisse quod naturali inclinatione simul ac officio quam maxime congruit. § 2. Adeoque in hac materia voluntas defuncti respicitur non tam qualis fuerat, quam *qualis esse debuerit* ».

successione degli ascendenti, per la successione dei collaterali riproduce il concetto di Grozio, cioè la presunzione dell'affetto (1).

**10.** La giustificazione del testamento data dal Grozio ebbe grande influenza sugli scrittori posteriori, e l'idea del contratto fu accettata anche da Kant. Il testamento è il trasferimento del patrimonio del morente all'istituito, mercè l'accordo delle volontà. Il trasferimento del patrimonio avviene nel momento della morte (*articulo mortis*). Kant ribatte l'obbiezione, già formulata dal Pufendorfio e da altri scrittori della scuola del diritto naturale, sulla esigenza pel contratto che il consenso sia simultaneo, elevandosi al problema filosofico: *come è possibile un acquisto mediante l'istituzione di erede*. L'erede non può accettare durante la vita del testatore, perchè questi trasferisce a lui il patrimonio solo pel *casum mortis*. Ma, dice il Kant, l'erede acquista tacitamente un vero diritto sull'eredità, come un diritto reale, il diritto di accettarla (*ius in re iacente*), ed è perciò che in quel punto si ha l'*hereditas iacens*. Dappoichè l'erede ha acquistato tacitamente il diritto di accettare l'eredità, questa *medio tempore* non diventa *res nullius* ma una *res vacua*. Solo l'erede ha la scelta o di acquistare l'eredità, accettandola, ovvero di ripudiarla. E pel Kant i testamenti sono validi anche per diritto naturale (*sunt iuris naturæ*), nel senso che essi possono essere riconosciuti e sanzionati nello stato civile (2).

Fra i giureconsulti moderni, che hanno accettato l'idea contrattuale nel testamento, ricordo il Troplong (3); in Italia l'opinione è stata recentemente sostenuta dal Cimbali (4).

**11.** Una critica rigorosa, lucida e precisa di questa teoria, confermando già le obbiezioni del Pufendorfio, fu fatta dai due Cocceio. Essi partendo dal concetto che con la morte estinguesi ogni diritto, negano che il testamento possa essere considerato come un'alienazione contrattuale. Il testamento è atto unilaterale del testatore: non è contratto, poichè durante la vita del testatore manca il consenso dell'erede; dopo la morte, quando si ha la volontà dell'erede, manca la volontà del testatore (5). Al concetto che con la morte si estingue ogni diritto, si tien fermo anche Fichte. Questi così formula la questione: *Come può il volere di un morto obbligare i viventi?* Secondo Fichte il concetto del diritto vale soltanto tra persone che coesistono realmente, e reciprocamente influiscono nel mondo sensibile. Il morto non ha più alcun diritto; la sua proprietà ricade allo Stato, il quale è il primo proprietario, poichè senza il suo permesso niun singolo può prendere possesso delle cose. Tuttavia il Fichte giustifica il testamento per considerazioni che si riferiscono non al morto, ma ai viventi. Vi ha il desiderio nei viventi di poter disporre pel caso di morte. In breve, la convinzione della validità del testamento è un bene pei viventi e non pel morto. Ed è sotto questo punto di vista che la questione deve essere trattata. *Non si tratta adunque del diritto dei morti* (*i morti non hanno alcun diritto*), *ma del diritto dei viventi* (6).

**12.** In diretto contrapposto a questo concetto è il concetto di Leibnitz, che giustifica il testamento per l'immortalità dell'anima: *Testamenta mero iure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quod vero heredes reliquerant, concipiendi sunt procuratores in rem suam* (7). Tale teoria fu accettata dal Rosmini (8). Il concetto dell'immortalità dell'anima è elevato concetto del cristianesimo, ma esso è estraneo alla giustificazione del testamento. Si può sempre replicare che, siano pure le anime immortali, l'anima non può essere più un subbietto di diritto, sciolta dalle condizioni della vita sensibile e terrena.

**13.** Fra i giuristi è assai diffuso anche oggi il concetto di Grozio che la successione *ab intestato* si fondi sulla volontà presunta (9). Ma la contraria dottrina, che lo giustifica invece pel diritto di famiglia, fu già opposta alla teoria di Grozio da Samuele Cocceio. Questi concepisce nella famiglia una specie di persona giuridica (*corpus artificiale*): morto il capo, i beni della famiglia razionalmente devolvonsi ai membri della stessa. E Cocceio cita la L. 11, *de lib. et post.*, che accenna ad una specie di *condominium*,

(1) Puf., op. e loc. cit., § 14.

(2) Kant, *Met. Anfangrund. der Rechtslehre*, p. 106-108 (Berlin 1870).

(3) Troplong, *Don. e test.*, specialmente n. 21 e segg.

(4) Cimbali, *Del possesso per acquistare frutti*, p. 181 e seguenti (Napoli 1879); *Il testamento è contratto* (Napoli 1884) (Estratto dal *Filangieri*, giugno 1884).

(5) Vedi: Henrici Cocceii, *Com. ad Hug. Grotium*, L. II, cap. VI, § 14, e Samuelis Cocceii, *Dissertatio proaemialis*, lib. IV, cap. III, § 293 e segg.

(6) Fichte, *Naturrecht*, p. 92, 93 (Jena und Leipzig 1796).

(7) *Nova Methodus iurisp.*, parte I, tit. 12, § 20.

(8) Rosmini, *Filosofia del diritto*, vol. I, § 1383.

(9) Gabba, *Philosophie du droit de succession*, p. 223 (Bruxelles 1861).

alla *continuatio dominii*, e ricorda la successione dei *sui*. E pel Cocceio solo la successione dei figli è fondata sul *ius naturae*, non quella degli ascendenti, non quella dei collaterali (1).

Essenzialmente legata alla dottrina che le successioni sono fondate sul diritto positivo è l'opinione che il diritto di testare fondasi direttamente sulla legge. Tale è l'opinione del Montesquieu (2). E questa stessa opinione ebbero il Mirabeau, il Robespierre, il Tronchet, seguendo le dottrine del Rousseau e del Mably nell'epoca della rivoluzione francese. Nell'esposizione dei motivi del Codice francese seguono la stessa dottrina Chabot, Simeon.

**14.** Come ho accennato già al principio di questo scritto, la posizione odierna del problema da un punto di vista filosofico, e caduto il concetto proprio della vecchia scuola del diritto naturale, non è di ricercare se esso si fondi su un diritto naturale, concepito astrattamente, ma se la successione si giustifichi razionalmente, se tra le esigenze razionali del diritto vi è la garentia del diritto di successione nella doppia forma, in quella cioè *ab intestato* e nella testamentaria. Sia pure che nella legge si fondi il diritto di successione, trattasi di vedere, poichè niun diritto è concepibile fuori della legge, le ragioni che lo giustificano.

E la filosofia del diritto più moderna tenta una tale giustificazione. La maggior parte degli scrittori odierni inverte l'ordine seguito da Grozio nella trattazione, e mentre questi parte dalla giustificazione del testamento per giustificare la successione *ab intestato*, i filosofi odierni del diritto fanno precedere la giustificazione della successione *ab intestato*, fondandola essenzialmente sul diritto di famiglia. Hegel (3), Michelet (4), Krause (5), Ahrens (6), Röder (7), Walter (8), Trendelenburg (9), e tra gli italiani Rosmini (10), Taparelli (11), Del Giudice (12), Miraglia (13), fondano la successione *ab intestato* su una specie di comproprietà familiare. Lo Stahl (14), l'Ulrici (15) e più recentemente il Lasson (16) sostengono che la successione legittima fondasi sui doveri che debbonsi compiere nella famiglia. Quanto al diritto di testare, l'Hegel lo pone in seconda linea rispetto al diritto di famiglia. L'arbitrio del testatore non deve elevarsi al disopra del diritto di famiglia. I testamenti debbono permettersi, ma non in guisa che sia disconosciuto il diritto sostanziale della famiglia (17). Il Michelet, sviluppando concetti essenzialmente contenuti nell'Hegel, considera, anche egli subordinatamente al diritto di famiglia, il testamento come la sostituzione, in mancanza dei figli, di una persona che debba prendere il loro posto, e scelto nella sfera degli amici (*adoptio mortis causa*) (18). Secondo l'Ahrens il diritto di testare è un'emanazione del diritto di personalità: l'attività affettiva, morale e fisica dell'uomo estende i suoi effetti oltre la tomba, e non è vero che la volontà non può avere effetto niuno dopo la morte (19). Trendelenburg in fondo considera il testamento come conseguenza del rispetto che si deve alla volontà del proprietario, fin dove non siano disconosciuti i diritti di taluni membri della famiglia. E perciò egli dice che nel testamento la volontà personale del proprietario ha la sua più grande espressione. Ed a me pare che nel Trendelenburg faccia anche capolino l'idea della natura contrattuale del testamento, quando dice che il conferimento a causa di morte è un dare ed un ricevere con la riserva che il dono rimanga proprietà del donante finchè viva (20). Stahl, che considera come l'Hegel il diritto di successione come lo scioglimento del vincolo di famiglia, dice che il carattere del testamento non è la libera alienazione della proprietà, la quale non potrebbe estendersi oltre la vita, ma la libera imitazione del vincolo di famiglia, simile all'adozione (21). Contrario al testamento si dichiara l'Ulrici. Solo la successione di famiglia deve essere riconosciuta dallo Stato. Se lo Stato ammette il testamento, forti tasse

---

(1) Cocc., *Dissert. proaem.*, XII, § 278 e segg.
(2) Montesquieu, lib. XXVII, cap. I.
(3) Hegel, *Naturrecht*, § 178 (Berlin 1821).
(4) Michelet, *Naturrecht*, vol. I, n. 316 e segg. (Berlin 1866).
(5) Krause, *Das System der Rechtsphilosophie*, pagina 503 (herausgegeben von Röder) (Leipzig 1874).
(6) Ahrens, *Dritto naturale* (trad. it.), vol. II, p. 295 (Napoli 1872).
(7) Röder, *Naturrecht*, p. 298 (Heidelberg 1856).
(8) Walter, *Naturrecht*, § 189 e segg. (Bonn 1871).
(9) Trendelenburg, *Naturrecht*, § 144 (Leipzig 1868) tradotto in italiano da Modugno (Napoli 1873).
(10) Rosmini, *Filos. del diritto*, vol. I, p. 348 e segg.
(11) Taparelli, *Diritto naturale*, I, p. 365.
(12) Del Giudice, *Enciclopedia giuridica*, § 79.
(13) Miraglia, *Filosofia del diritto*, vol. I, p. 389 (Napoli 1885).
(14) Stahl, *Phil. der Rechts*, vol. II, p. 501.
(15) Ulrici, *Naturrecht*, p. 299 e segg.
(16) Lasson, *Phil. d. Rechts*, §§ 14, 15 (Berlin 1882).
(17) Hegel, op. e loc. citati.
(18) Michelet, op. cit., p. 339.
(19) Ahrens, op. cit., vol. II, p. 296, 297.
(20) Trendelenburg, *Naturrecht*, § 143.
(21) Stahl, *Phil. der Rechts*, II, p. 503, 3ª ediz. (Heidelberg 1854).

di successione dovrebbero far ricadere alla comunità una parte del valore del patrimonio ereditato (1). Secondo il Lasson, nella proprietà, come la signoria sulla cosa in tutte le direzioni, in cui può essa esercitarsi, si ha già il diritto di disporne pel caso di morte. Il potere di far servire il proprio patrimonio agli scopi che il proprietario ha in cuore, anche quando egli è morto, è un forte impulso per la produzione economica, per le intraprese, pel risparmio. L'economia nazionale ha quindi un interesse perchè quel motivo non venga indebolito. Ma il diritto di testare deve essere però limitato dai doveri, che nascono dal vincolo della famiglia (2). Fra gl'italiani, il Rosmini, come si è visto, accetta il concetto di Leibnitz, dell'immortalità dell'anima per giustificare il testamento, ma premette che esso pur deve rispettarsi, in quanto la negazione di esso riuscirebbe dolorosa all'uomo vivente, e l'inclinazione di disporre dopo la morte è inclinazione naturale (3). Il Taparelli nega che il testamento si fondi sul diritto naturale, e riproduce in sostanza la teoria di Pufendorfio, giustificandolo per l'utilità di mantenere segreto il favorito nella disposizione, e di dare all'uomo un mezzo di premiare chi lo assiste e di punire chi lo abbandona (4). Il Del Giudice riconosce che nel testamento l'atto volitivo individuale acquista una sussistenza e durata indipendente da quella del soggetto, che lo ha emesso, contraddicendo così al Pufendorfio, il quale afferma che, estinta la persona, cessa ogni efficacia della volontà da lui emessa (5). Il Miraglia considera il testamento come la conseguenza del diritto di proprietà, e giustificandolo anche per ragioni economiche, parla pure egli di una esistenza e durata indipendente dell'atto volitivo contenuto nel testamento (6).

**15.** Il risultato di questo rapido ricordo delle opinioni varie sulla giustificazione del diritto di successione è che sulla giustificazione della successione *ab intestato* vi ha maggiore assenso tra gli scrittori di filosofia del diritto, che non nella successione testamentaria. E veramente da un punto di vista filosofico essa apparisce con maggiore evidenza di ragione e di giustizia, riferendosi sempre al diritto di famiglia, sia che la si fondi su una specie di comproprietà famigliare, sia che la si giustifichi pei doveri che nella famiglia debbonsi compiere. Il concetto della volontà presunta nella successione *ab intestato*, che come si è visto si deve a Grozio, riduce questa ad un *testamento tacito*, e presuppone la giustificazione del testamento, giustificazione, che io ritengo possibile, ma che è più difficile. Ed in ogni modo è a riconoscere che la volontà arbitraria di disporre per testamento ha un limite nel diritto di famiglia (si pensi alla istituzione della legittima). Il diritto di famiglia è dunque veramente il diritto supremo: e dall'esigenza di esso il volere arbitrario, che si rivela nel testamento, è circoscritto nella sua sfera legittima.

**16.** Ora tra i due principali punti di vista, già indicati per la giustificazione della successione *ab intestato*, già da un pezzo ho prescelto quello, che la fonda su una specie di comproprietà famigliare (7). Ed in rapporto alla storia di questo concetto, ho già notato che esso fu il pensiero di Gaio e di Paolo per spiegare la successione dei *sui*. Qui è il luogo di riferire i testi per intero. GAI *Inst.*, IX, § 157. *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo* DOMINI *existimantur: unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum*. L. 11, D. *De lib. et post.* (28, 2). PAUL. *In suis heredibus evidentius apparet* CONTINUATIONEM DOMINII *eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi* DOMINI *essent, qui etiam vivo patre quodammodo* DOMINI *existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor, ab eo qui genitus est. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis* LIBERAM BONORUM ADMINISTRATIONEM *consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti,* DOMINI *sunt: nec obstat quod liceat eos exheredare, quod et occidere licebat. Col. Mos. et Rom.* 26, 3, § 6 (PAUL. *Sent.*, IV, 8, § 6): *In suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditarium* DOMINIUM *continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillis, nec furiosis curator sit necessarius, nisi forte solvendo sit hereditas* (8). Questi testi sono fortemente discussi dai romanisti e dagli storici del diritto romano, sia in quanto da essi si argomenta storicamente della prevalenza nell'antico diritto romano della successione *ab intestato* sulla testamentaria (9),

(1) Ulrici, *Naturrecht*, p. 301, 303.
(2) Lasson, *Phil. d. Rechts*, p. 612, 613 (Berlin und Leipzig 1882).
(3) Rosmini, *Filos. del diritto*, vol. I, § 1382.
(4) Taparelli, *Dritto naturale*, I, § 786 (Napoli 1850).
(5) Del Giudice, *Enciclop. giurid.*, § 81 (Milano 1880).
(6) Miraglia, *Filosofia del diritto*, p. 392 (Napoli 1885).
(7) Vedi la mia *Enciclop. giurid.*, § 14, 1ª ediz. (Napoli 1873), 2ª ediz. (Napoli 1875), 3ª ediz. (Napoli 1885).
(8) Conf. *Inst.* § 3, *De hered. ab intest.* (3, 1).
(9) Conf. sop., Num. 4.

sia in quanto, prescindendo da questa questione, si oppugna che nel sistema del diritto romano il concetto di una comproprietà familiare sia applicabile (1). Io non entro qui in simile controversia. In ogni modo è indiscutibile che Paolo e Gaio abbiano avuto il concetto che i *sui* fossero quasi *domini*, durante anche la vita del loro genitore. E questo non dovè essere un puro pensiero speculativo di questi giureconsulti, ma un concetto comune della società romana, come è dimostrato da Plauto (*Trinum.*, act. II, scen. II, v. 48), dove Lisitele, domandato dal padre, se egli avrebbe beneficato Lesbonico del suo avere, risponde: *De meo, nam quod tuum est, meum est, omne meum autem tuum.* Accettando l'ipotesi, che antichissimo fosse l'obbligo della istituzione e della diseredazione del *suus*, in questo sistema il concetto di Gaio e di Paolo può trovare la sua applicazione (2). Ma si oppone invece che tale obbligo è relativamente recente, che il principio fosse controverso anche ai tempi di Cicerone (3). Ma queste attraenti discussioni sulla storia del diritto romano (4), non toccano l'argomento filosofico, che può trarsi dall'essere apparso il concetto di una comproprietà familiare nel pensiero dei giureconsulti romani. La difficoltà poi della costruzione giuridica di questo concetto nel sistema del diritto romano ha importanza anche in quanto una simigliante difficoltà può elevarsi nel sistema delle legislazioni odierne. Ma qui basta il notare che la difficoltà apparve anche a Gaio ed a Paolo, che non parlano di un vero *dominium* del *suus*, ma di un *quasi dominium*, ed è noto il valore del classico *quasi* ad indicare il rapporto di analogia. Ed inoltre Paolo prevede l'obiezione che poteva trarsi dalla facoltà di diseredare, riferendosi ad un diritto ben più forte, cioè al *ius vitae ac necis* (*nec obstat quod liceat eos exheredare, quod et occidere licebat*). Il potere di diseredare è dunque conseguenza della *patria potestas*, e non senza ragione l'Hölder ha potuto assimilarlo ad una specie di espropriazione (5). A mio parere, il diritto romano si è, nel suo ulteriore sviluppo, tenuto fermo sempre al concetto che base della successione *ab intestato* sia il diritto di famiglia. E così nell'istituto della legittima, come nell'insieme della legislazione giustinianea. E se nella Nov. 115 si stabilì che la legittima dovesse essere lasciata non a titolo particolare, nella forma del legato, ma a titolo universale, come istituzione di erede, ciò fu, come ben nota il Gans, l'ultimo trionfo del diritto di famiglia. E nel diritto di famiglia è fondato l'ordinamento *ab intestato* nella Nov. 118. Gli scrittori, che considerarono il sistema di questa Novella fondato sulla presunzione della volontà e dell'affetto del defunto, subirono l'influenza della teoria di Grozio, e non riprodussero una teoria in accordo essenzialmente con lo spirito della legislazione romana (6).

**17.** Ora si è visto che nel campo del diritto romano fosse già apparso il concetto di una specie di comproprietà della famiglia. Nel diritto germanico si è concepita una proprietà collettiva nella famiglia. Già si è notato come ai tempi di Tacito fosse sconosciuto il testamento. Dapprima non erano permesse nemmeno le alienazioni tra vivi, se non fossero fatte col consenso dell'erede. Ed il diritto tedesco posteriore gradatamente accolse l'istituto del testamento. I successivi passi furono i seguenti. Prima si ammisero le donazioni, e si richiese che si trasmettesse durante la vita del donante proprietà e possesso. Indi invalsero donazioni, nelle quali il donante riservavasi il possesso e l'usufrutto. Più tardi ancora, si

(1) La si ritiene inconciliabile con la libertà di testare. L. 120 *De verb. sign.* (10, 16). Vedi: Francke, op. cit.; Pernice, *Antistius Labeo*, p. 107-110. Dall'altro lato ammettono questa comproprietà tra gli altri: Danz, *Geschichte der Röm. Recht*, 2ª ediz., § 161; Hölder, *Beiträge sur Geschichte der Röm. Erbrechts*, v, p. 88 e segg., Erlangen 1881; Schirmer, *Das Familien-Vermögen und die Entwickelung der Notherbrechts bei den Römern. Zeit. f. der Savigny-Stiftung für Rechtsg.*, II, *Röm. Abthei.*, p. 170 (Weimar 1881).

(2) È riferita alle stesse XII tavole da Danz, op. cit., § 160; Esmarck, *R. Rechtsg.*, § 61. Altri negano persino che nelle XII tavole fosse accordato il potere di diseredare. Il Maine, *L'ancien droit*, p. 205, 206, dice: « La legge delle XII tavole permette il testamento nel solo caso, in cui crede il testamento possibile, cioè in mancanza di figli. Essa non proibisce di diseredare in linea diretta, perchè non proibisce un fatto, neppur sognato da alcun giurista di quell'epoca ». Conf. anche Schirmer, scritto citato.

(3) Vedi Padelletti, *Storia del diritto romano*, c. XVI, n. 2, cap. XLI, n. 2, fondandosi su Cic., *De orat.*, I, c. 48, 175; 57, 245.

(4) Sull'origine dell'obbligo della istituzione e della diseredazione dei *sui* conf. opere citate sopra nella nota 1. La riferiscono alla giurisprudenza Francke, *Das Recht der Notherben*, p. 16 e segg., e Mühlenbruch, *Cont. di Glück*, XXXVI, p. 145: ma il Mühlenbruch opina che ai tempi di Cicerone non fosse controverso il principio; ma una modalità di esso, cioè l'obbligo della diseredazione *nominatim*.

(5) Hölder, *Beiträge sur Ges. d. Röm. Erbrechts*, p. 88 e segg., e *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für RG.*, vol. III, *Röm. Abthei.*, p. 211-219.

(6) Così Heinnec., *Elem.*, § 342: « Nimirum Iustinianus novum plane fecit successionis in causa intestati fundamentum, ut ii succedant, quos defunctus quam maxime amasse censetur ». Così anche tra gli italiani: Cavallari, *Inst. iur. rom.*, II, p. 3.

permise che il passaggio della proprietà avvenisse dopo la morte. Nei primi due casi è genuino il carattere di atti tra vivi; nel terzo l'atto si accosta al testamento, ma serba il carattere proprio della donazione, cioè l'irrevocabilità, e rimane la forma contrattuale. Fu solo in seguito per l'influenza della Chiesa, che favoriva i lasciti per l'anima ed *ad pias causas*, che s'introdusse nelle legislazioni posteriori il testamento (così nei Franchi, Longobardi, ecc.). Solo lo specchio sassone fu il più rigoroso, poichè proibì le donazioni dei beni immobili e dei servi senza il permesso dell'erede. Ora è certamente di una grande importanza questo sviluppo storico del diritto tedesco, poichè dimostra come si fosse giunto al vero testamento mercè il contratto. Nei successivi passi segnati sembra riconoscere il germe della teoria di Grozio. A me sembra che mentre Grozio nel sistema riproduce il diritto romano, considerando il diritto di successione come un modo di acquisto, e facendo precedere la successione testamentaria a quella *ab intestato*, nella giustificazione del testamento eleva a teoria filosofica una teoria di puro diritto germanico. E l'idea di giustificare il testamento mercè il contratto ha senza dubbio una grande attrattiva, e si spiega come essa abbia potuto esercitare tanta influenza perfino in Kant, come si è visto. E venendo a tempi moderni, Lassalle nota che la teoria hegeliana sulla successione è una teoria di puro diritto germanico. E difatti nella teoria hegeliana un piccolo posto è fatto al testamento: la prevalenza rimane alla successione *ab intestato*.

**18.** Nella trattazione del diritto moderno moltissimi scrittori si tengono alla giustificazione della successione intestata sulla presunta volontà. Così pel Codice prussiano, Förster, che ricorda a comprova la teoria del Suarez, e Koch (1). Così pel Codice austriaco il Castelli (2). Nella esposizione dei motivi del Codice francese Crheillard, Chabot, Bigot-Préameneu seguono lo stesso concetto; e vi si rannodano anche molti scrittori sul Codice francese, come Duranton (3), e tra i recenti anche l'Arntz, sebbene questi nota che i compilatori del Codice francese non si sono sempre mantenuti al concetto della presunzione della volontà (4). Invece altri scrittori si rannodano al concetto della comproprietà della famiglia. Così pel diritto austriaco Zeiller (5), Pfaff ed Hoffmann (6). Fra gli scrittori di diritto francese Zachariae (7), Aubry e Rau (8), e sino ad un certo punto il Laurent (9).

**19.** In Italia dagli scrittori sul vigente Codice civile è quasi universalmente accettato il fondamento della presunta volontà nella successione *ab intestato*. Tale è la dottrina del Buniva (10), del Mattei (11), del Ricci (12), del Fulci (13), del Bolaffio (14), del Lomonaco (15). Sino ad un certo punto ad essa rannodasi anche il Bellavite (16). Il Pacifici poi ampiamente la sviluppa, combattendo il contrario sistema (17). Il Gianturco dice brevemente: *la successione legittima si fonda sui vincoli del sangue e sulla presunta intenzione del defunto* (18).

**20.** Parrà difficile il levarsi contro tanta unanimità di dottrina dei civilisti italiani, tuttavia io sono fortemente convinto che essa è falsa dal punto di vista filosofico, e che non risponde nemmeno allo spirito della nostra legislazione. Ma mi spiego l'avversione dei giuristi italiani alla dottrina opposta, sia per l'influenza di teorie tradizionali, in quanto si è creduta quell'opinione fondata sul diritto romano, sia in quanto veramente il concetto di una comproprietà familiare è difficile a costruirsi giuridicamente nel sistema di una legislazione che ammette il testamento. Ed è perciò che si afferma spesso che la teoria della comproprietà della famiglia è di puro diritto germanico, mentre il nostro diritto riproduce l'idea fondamentale del diritto romano.

(1) Forster, *Theorie und Praxis des heut. gem. Preus. Privatrechts*, vol. IV, 3ª ediz., § 258; Koch, *Erbrecht*, § 12.

(2) Castelli, *Il Cod. civ. generale austriaco confrontato con le leggi romane*, tom. III, p. 130 (Milano 1831).

(3) Duranton, lib. II, tit. I, n. 22.

(4) Arntz, *Droit civil*, II, n. 1252 (Bruxelles-Paris 1879).

(5) Zeiller, *Com. al Cod. austriaco*, vol. II, p. 304, trad. ital. (Venezia 1815).

(6) Pfaff und Hofmann, *Komn. z. österr. b. Gesetzb.*, vol. II, p. I, pag. 5.

(7) Zachariae, *Franz. Civilrecht*, vol. IV, 6ª ediz., § 589 (Heidelberg 1875).

(8) Aubry e Rau, *Droit civil franc.*, § 579.

(9) Laurent, *Prin.*, vol. VIII, p. 509 e segg.

(10) Buniva, *Delle successioni*, cap. I.

(11) Mattei, *Codice civ. italiano*, vol. III, p. 21 (Venezia 1874).

(12) Ricci, *Corso teor. prat.*, vol. III, p. 24 (Torino 1828).

(13) Fulci A., *Delle successioni, Nozioni generali*, § 2 (Messina 1879).

(14) Bolaffio, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, p. 106 (Verona e Padova 1882).

(15) Lomonaco, *Istituzioni di dritto civ. ital.*, vol. III, p. 21 (Napoli 1884).

(16) Bellavite, *Note di dir. civ.*, p. 277 (Padova 1873).

(17) Pacifici, *Suc.*, I.

(18) Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, § 99 (Firenze 1877).

Nella determinazione del fondamento filosofico della successione *ab intestato* bisogna innanzi tutto eliminare la difficoltà che può sorgere nella denominazione stessa di una *comproprietà familiare.* Parlandosi di comproprietà si può pensare al concetto classico del *condominium* nel diritto romano, e questo è certamente inapplicabile. Si può anche pensare al concetto tedesco della *proprietà collettiva* (*condominium iuris germanici*), ma anche questo concetto ha bisogno di chiarimenti. Eliminiamo ora, per chiarezza della discussione, la stessa parola di *comproprietà famigliare*, tentando di presentare la giustificazione della successione *ab intestato* nelle sue ragioni, e tenterò più tardi di dare al concetto la stretta forma di una categoria giuridica.

**21.** Il patrimonio nei rapporti della famiglia deve essere considerato sotto un triplice punto di vista, cioè dal punto di vista etico, dal punto di vista sociale, e dal punto di vista giuridico. La famiglia considerata eticamente, o come un organismo etico, secondo l'espressione del Trendelenburg, rappresentasi nella sua unità anche nella sfera esterna del patrimonio. Eticamente il patrimonio familiare deve servire ai fini della famiglia ed ai fini individuali, che, come dice assai bene il Trendelenburg, nella famiglia riposano e si continuano (1). Nella successione *ab intestato* si presenta naturalmente l'idea di una proprietà familiare: costituita la famiglia, l'unità personale impronta un carattere essenzialmente domestico ai beni, e la famiglia si presenta come un'unità collettiva di persone e di beni, un organismo di persone e di beni. La giustificazione più etica della proprietà risiede nel concetto, che i beni debbano servire come mezzi per l'adempimento degli alti fini morali della famiglia (2). Ed in accordo è il concetto sociologico. L'elemento personale, che ordinato nella famiglia si rappresenta sociologicamente come unità, un corpo, una persona sociale, s'integra nell'elemento economico, nel patrimonio familiare, rappresentato anche esso come una unità, un tutto organico sociale, destinato a mezzo per l'esistenza e lo sviluppo dei fini sociali della famiglia (3). Alle cose che entrano direttamente nel patrimonio della famiglia, e che costituiscono il patrimonio di consumo di essa, si aggiungono fondi, capitali, in una parola un patrimonio capitalistico. L'etica destinazione e la sociale destinazione di questo patrimonio sono determinate dai cómpiti che i membri più anziani della famiglia hanno verso i più giovani. E poichè la famiglia, mercè la generazione, trova una colleganza nelle famiglie future, che dalla esistente famiglia sorgono e si sviluppano, il campo dei doveri della famiglia oltrepassa anche i doveri verso i membri esistenti della stessa. La funzione provvidenziale della generazione, per la quale l'umana specie si perpetua, ha nella famiglia il più perfetto ordinamento etico e sociale. E gli attacchi contro la famiglia, tanto antichi quanto quelli contro la proprietà, trovano fortunatamente nel sentimento umano una irresistibile resistenza. Imperciocchè la distruzione della famiglia è l'annullamento anche del matrimonio monogamico, la negazione dell'umano sentimento del possesso esclusivo della donna amata, e rispettivamente dell'uomo. Lo sviluppo della civiltà, il cristianesimo hanno disciplinato l'amore sensuale, elevandolo a sentimento morale nella istituzione del matrimonio monogamico. E spaventevole sarebbe la perdita di tanto tesoro di idee morali, quale si ha nella famiglia: la mostruosa teoria dell'*amore libero*, la istituzione del così detto *matrimonio spirituale* (Owen), le idee di Fourier sulle varie relazioni delle persone dei due sessi, rimarranno, e si può affermare con certezza, tra i sogni sociali. Ora è assai istruttiva l'osservazione storica che gli attacchi alla famiglia accompagnano quelli della proprietà. L'esempio ce ne è dato già da Platone. E ciò perchè la proprietà non trova la sua giustificazione solo pei fini individuali, ma pei fini della famiglia (4), la prima espressione della umana società, ed il primo e più naturale gruppo sociale. Dal punto di vista della teoria della società adunque, come un corpo organico, la famiglia si presenta come una persona; e qui trascuro l'analisi di questo concetto dal punto di vista psicologico, poichè a lungo menerebbe l'analisi dei sentimenti familiari, la discussione sulle forme coscienti e collettive di essi, sulle manifestazioni varie della volontà e dell'azione della famiglia.

**22.** Ma il concetto della personalità sociale è più largo del concetto della persona giuridica. E giuri-

---

(1) Trendelenburg, *Naturrecht*, § 141.

(2) Questa idea presentasi naturalmente sin dai primi anni della fanciullezza, ed i figli non si sentono estranei al patrimonio dei loro genitori. I figli, sin dalla fanciullezza, parlano della *nostra casa*, della *nostra villa*, dei *nostri campi*, dei *nostri cavalli*, ecc. ecc.

(3) Schäffle, *Bau und Leben des socialen Körpers*, I, p. 215 e segg., III, p. 32 (Tübingen 1875-1878).

(4) La giustificazione della proprietà in Aristotele contiene questo pensiero. Conf. il mio scritto: *Dottrina dello Stato nell'antichità greca*, § 42.

dicamente il patrimonio della famiglia non può essere considerato come il patrimonio di una persona giuridica (*universitas*, *collegium*, *corpus* nel senso del diritto). Come dunque al patrimonio domestico non è applicabile il concetto del condominio nel senso classico del diritto romano, così non è applicabile il concetto della proprietà di una *universitas*.

Eliminata la categoria del condominio classico, ed il concetto della proprietà della persona giuridica, parecchi scrittori di diritto civile (1) e di filosofia del diritto (2) accettano il concetto della proprietà collettiva della famiglia. Non sono mancati scrittori, per es., il Windscheid, i quali ritengono il concetto della proprietà collettiva inaccettabile (3). In ogni modo egli è certo che vi è profonda divergenza nella determinazione giuridica dello stesso. L'antica teoria, che vedeva nella proprietà collettiva del diritto germanico un *dominium plurium in solidum*, cioè che ogni singolo fosse proprietario del tutto, fu combattuta pel primo da Hasse, come contenente una contradizione logica (4). Giuristi più moderni concepiscono la *proprietà collettiva* (*Gesamnteigenthum*) del diritto germanico (*condominium iuris germanici*), come una specie di comproprietà della cosa, senza che nei singoli comproprietarii il loro diritto risolvasi in una quota ideale o reale (5). In verità questo concetto non è giuridicamente bastevole. Stahl, elevandosi ad un concetto filosofico, spiega la natura di questa proprietà partendo dal vincolo organico che lega le persone tra loro rispetto ad un dato scopo. Questo vincolo organico si impronta nella proprietà, che assume un carattere collettivo come proprietà di una corporazione; e Stahl nota che il concetto della proprietà collettiva differisce essenzialmente e dalla proprietà dell'*universitas*, nel senso romano, nella quale è preso in considerazione solo il tutto, e dal *condominium iuris romani*, nel quale si ha riguardo solo ai singoli (6). Una più giuridica determinazione del concetto della proprietà collettiva è data da Gierke, che la considera come una proprietà divisa tra l'unità e la pluralità secondo un principio corporativo (7). Questo concetto giuridico è in verità propriamente applicabile alle antiche forme della proprietà collettiva germanica (*Marca*, *Allmende*): è anche applicabile ai diritti odierni dei cittadini sui beni comunali. Fra i codici moderni citansi disposizioni informate a questo concetto. Per es., il § 961 del Codice austriaco, e nel Codice prussiano, I, 17, §§ 1-4, 8, 18. Ma non è qui il caso di discutere la verità di questa affermazione. Nello stesso diritto italiano io credo applicabile questa teoria nei resti di *usi civici*, che sopravvivono alle leggi di abolizione; ma ciò secondo i casi, poichè talora essi si accostano piuttosto all'esercizio di un diritto di servitù.

Il carattere storico della proprietà della famiglia nel diritto tedesco è stato con grande precisione determinato dallo Schupfer. La compartecipazione al patrimonio familiare si rivela già nella *divisione dei beni* tra padre e figli: l'alienazione della terra non poteva farsi se non in caso di necessità. Ed anche in questo caso i parenti avevano un diritto di prelazione. E dice benissimo lo Schupfer: *la partecipazione della famiglia alla sostanza comune si presenta spiccatissima in cotesto diritto di prelazione*. E conseguenza di questa stessa partecipazione è la necessità del consenso dei parenti per le alienazioni. Anche la prima forma delle disposizioni ereditarie, l'*adoptio in hereditatem*, riferma il concetto della proprietà collettiva della famiglia, poichè essa non poteva farsi nella esistenza dei figli (8). Lo Schupfer designa tale proprietà come *proprietà collettiva della famiglia*, e come concetto storico tal denominazione è adeguata ad esprimerne la struttura. Ma egli è certo che a tal forma di proprietà il concetto giuridico della proprietà collettiva, come quello da me prescelto, non è applicabile. E prescindendo da scrittori, che come il Gerber (9), rifiutano ogni concetto di proprietà collettiva, il Beseler, per es., che l'ammette, nega che la successione *ab intestato* nel diritto tedesco fondisi su una *proprietà collettiva* della famiglia, pur ritenendo che essa fondisi sul diritto di famiglia (10).

---

(1) Zachariae, loc. cit. sop.

(2) Ahrens, loc. cit. sop.

(3) Windscheid, *Pand.*, § 169.

(4) Hasse, *Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, § 10-23. Conf. Gerber, *Deutsche Privatrecht*, § 77, 15ª ediz. (Jena 1886); Mittermaier, *Deuts. Privatrecht*, I, § 155.

(5) Behrend, *Deutsche Privatrecht* in Holtzendorf, *Ency.*, p. 551.

(6) Stahl, *R. Philosophie*, II, p. 386, 3ª ediz.

(7) Gierke v. *Gesamnteigenthum* in Holtzendorff, *Rechtslexikon* (Leipzig 1881). Conf. dello stesso autore: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, specialmente § 12, vol. II (Berlin 1873).

(8) Schupfer, *L'allodio*, n. 3-18 (Torino 1886) (e nel *Digesto italiano*, v. *Allodio*). Conf. Heusler, *Inst. der Deutsch. Privatrechts*, I, § 51 (Leipzig 1885).

(9) Gerber, *Deuts. Privat.*, § 77, 15ª ediz. (Jena 1886).

(10) Beseler, *Deutsche Privatrecht*, II, § 149.

Queste considerazioni accrescono la difficoltà di fondare nel diritto odierno la successione *ab intestato* nell'idea di una proprietà collettiva della famiglia. Come dunque si sono eliminati i concetti del condominio nel senso classico, e della proprietà di una persona giuridica, il concetto tedesco della proprietà collettiva deve essere eliminato anche esso. Ma eliminati tutti questi concetti giuridici restano il concetto etico di una proprietà famigliare, ed il concetto sociale di un patrimonio di famiglia. Ora non sono questi concetti veramente giuridici, ma indicano le ragioni etiche e sociali del diritto, e la costruzione giuridica del diritto successorio non può prescindere dalle ragioni interne, etiche e sociali dello stesso.

**23.** Ora sul patrimonio famigliare, eticamente e socialmente inteso, è concepibile la coesistenza di un duplice diritto. Tale è la teoria del Rosmini (1). Da un lato il diritto di proprietà, dalla legge riconosciuto ad un membro della famiglia, dall'altro un *diritto relativo*, garentito ad altri membri della stessa. Tale coesistenza impronta anche dal punto di vista giuridico al patrimonio famigliare il carattere di una proprietà domestica. Ed il caso, in cui rivelasi più spiccato questo carattere, è nella successione dei figli. Mentre, in regola, il diritto di proprietà trovasi concentrato nei genitori, ai figli compete un *diritto relativo*. Questo diritto sulla sostanza famigliare rivelasi già a mio parere nella stessa *obbligazione alimentare*, dappoichè la legge pone tra i criteri dell'ammontare della somma dovuta per gli alimenti la *sostanza* dell'obbligato (art. 143 Cod. civ.); ma specialmente si realizza come *diritto di aspettativa* nella successione *ab intestato*, ed ancora più forte nel diritto di legittima, che il nostro Codice espressamente designa come quota di eredità. Per concepire giuridicamente la coesistenza nel patrimonio famigliare di un duplice diritto bisogna dunque ricorrere ad una categoria giuridica ben diversa da quella data dai concetti storici della comproprietà. Ho preso l'esempio della successione dei figli ai genitori, ma anche lo stesso concetto è applicabile nella successione degli ascendenti, ed in tutti i casi in cui la legge accorda un diritto di legittima. Trattandosi di collaterali, il loro diritto è men forte: essi non hanno diritto a legittima, ma puramente un diritto di aspettativa nella successione *ab intestato*. In questo caso il diritto di disposizione testamentaria, conseguenza, come si vedrà, del diritto di proprietà, non ha più alcuna limitazione, e prevale sul diritto di famiglia, mentre è l'opposto pel caso di successione di ascendenti o discendenti.

Il diritto moderno non annulla l'individualità dei membri della famiglia nemmeno nei rapporti patrimoniali. Accanto al patrimonio del padre sono possibili singoli ed individuali patrimoni dei figli; ma il concetto dell'unità del patrimonio domestico è ricomposto, ove si pensi che la libertà della disposizione testamentaria è limitata per l'esistenza di taluni successori aventi diritto a legittima. Questo limite giuridico per la destinazione dei singoli patrimonii è appunto il loro vincolo: esso dà loro veramente l'impronta comune di parti di un patrimonio famigliare.

**24.** In ogni modo è nel diritto di famiglia che la successione *ab intestato* si fonda. Il concetto di un presunto o tacito testamento non si accorda col sistema di una legislazione, che come la nostra, riconosce una successione necessaria nella forma di legittima. Imperciocchè una legislazione, che istituisce diritto a legittima o ad una quota di riserva per talune specie di successori, ordina tal forma di successione, che ha luogo anche a dispetto e contro il volere esplicito del testatore; la volontà del testatore che eccede la quota disponibile nell'esistenza di certe persone non è dalla legge garentita rimpetto al diritto dei legittimarii e dei riservatarii. Di qui derivano i precetti della legge, che ordinano la riduzione delle disposizioni testamentarie, che eccedono la quota disponibile (art. 821, Cod. civ. italiano), ed anche delle donazioni, riconosciute eccedenti una tal porzione (art. 1091).

**25.** Contro il mio concetto si opporrà che esso non si rivela nei lavori preparatori del Codice civile. Ma il pensiero dei compilatori del Codice non era identico. Così mentre il Vacca afferma esplicitamente che la successione legittima interpreta la volontà dell'uomo (2), il Pisanelli invece tempera questo principio dicendo: « Non si disconosce che la legge nel devolvere la successione deve tener conto delle affezioni presunte dell'uomo; ma essa non ha il solo còmpito di supplire al silenzio di lui, poichè ciò importerebbe *asservire la volontà pubblica alla privata*, abdicare il potere di segnare alcun limite alla facoltà di disporre. Vi sono dei doveri sociali, dei quali la legge civile deve garentire l'adempimento: come i *beni del defunto* devono soddisfare alle obbligazioni verso i creditori, così pure *devono soddisfare ai doveri derivati dal patto coniugale e dal vincolo di famiglia* ». Il Pisanelli in questo passo enuncia il concetto

(1) Rosmini, *Filosofia del diritto*, vol. I, § 2277 e segg. (Napoli 1856). (2) Vedi: *Relazione al Senato*.

che la successione *ab intestato*, se da un lato si fonda sul presunto affetto, dall'altro è ordinata nella considerazione dei doveri che si compiono nella famiglia, e per l'adempimento dei quali deve servire il patrimonio del defunto. Nella sua Relazione il Pisanelli non sempre si è tenuto fermo a questo concetto, e spesso ricorre all'affezione presunta, come il concetto normale delle disposizioni testamentarie. In ogni modo per quanto autorevoli siano le Relazioni di relatori o di ministri, la legge deve essere innanzi tutto interpretata secondo il pensiero che in essa si rivela, e secondo le ragioni del diritto che in essa si improntano. In un diritto vigente la legge contiene un pensiero vivente: la parola del legislatore è viva ed attuale. Le ragioni addotte dai commentatori possono essere pur false, e la legge può rimanere giustificata da altre ragioni, che la scienza più tardi può fissare e riconoscere. I relatori della legge non possono pretendere di immobilizzare lo sviluppo scientifico delle teorie, là dove la formula del precetto positivo espressamente non sanzioni una data dottrina. In conclusione la teoria comune della successione *ab intestato* fondata sulla volontà presunta, non è soddisfacente dal punto di vista razionale e filosofico, mal si accorda allo sviluppo storico del diritto, e non risponde nemmeno ai principii informatori del diritto vigente.

**26.** Giustificata la successione *ab intestato* nel diritto di famiglia, resta a giustificare il testamento. Io credo che il concetto fondamentale di Grozio che questo derivi dal *ius alienandi* sia giusto. Il testamento è legato alla facoltà di alienare, che è una delle facoltà eminenti del diritto di proprietà. Negato il diritto di alienare in una forma assoluta, il vero diritto di proprietà individuale scomparisce. Vero è che in certe specie di proprietà, in certe forme storiche di proprietà, il diritto di alienazione non è riconosciuto. Ma se per es. il fondo dotale è inalienabile, e la donna, proprietaria della dote, non può alienarla, il divieto dell'alienazione è legato ad un certo termine, e la dote può essere alienata sciolto il matrimonio (art. 1405, 1407, Cod. civ.). Oltrechè anche durante il matrimonio la dote può alienarsi pei casi di necessità o di utilità (art. 1405 citato). Il diritto di alienazione non è quindi negato in una forma assoluta, ma è piuttosto limitato. Il diritto di proprietà non esiste, se non in quanto dopo un certo tempo e per dati eventi esso si reintegri come *plena in re potestas*. Simigliantemente l'antico diritto ha negato il diritto di alienazione nei fidecommessi di famiglia, e questo è ancora negato nelle legislazioni odierne, che riconoscono queste istituzioni; ma veramente nel fedecommesso di famiglia l'investito attuale del fedecommesso non è il vero proprietario. Il subietto proprietario del fedecommesso è piuttosto la serie dei chiamati, ed è questo il concetto di taluni scrittori che veggono nel fedecommesso una specie di fondazione, una specie di università. L'inalienabilità è conseguenza qui della perpetuità dello scopo; e non si tratta di una proprietà individuale, ma di una proprietà sociale. Secondo anche le legislazioni odierne, che ancora ammettono questi istituti, l'investito del fedecommesso è nel diritto e negli obblighi uguagliato a chi ha la proprietà utile (1). Ammessa la proprietà individuale il diritto di alienazione ne è conseguenza necessaria. Ed il diritto di alienazione non sarebbe completo se mancasse il testamento. L'abolizione totale della facoltà di testare, attaccando così il diritto di alienazione, mutilerebbe assai gravemente il diritto di proprietà individuale. La giustificazione del testamento è in conseguenza intimamente legata alla giustificazione della proprietà individuale.

**27.** Qui veramente non è luogo di trattare profondamente l'ardua questione; ma è impossibile trascurarla del tutto. Il socialismo moderno ha fatta una vigorosa critica dell'attuale ordinamento della proprietà, ed ha tratto argomento anche dalle teorie filosofiche odierne, escogitate per la giustificazione di essa. Ed infatti il socialismo invoca a suo favore tanto la teoria, che fonda la proprietà sulla personalità umana, quanto quella che la fonda sul lavoro (2). I socialisti affermano: che l'attuale ordinamento della

(1) *Preussisches Landrecht*, II, § 72, 70: « All'attuale possessore del fedecommesso compete la proprietà utile del fedecommesso ». § 73: « La proprietà eminente spetta all'intera famiglia ». Cod. austriaco, § 518: « Il fedecommesso (di famiglia) è una disposizione, in di cui forza un patrimonio si dichiara qual sostanza inalienabile della famiglia, a favore di tutti i successori del casato, o almeno di molti di essi ». § 631: « Il possessore del fedecommesso ha tutti i diritti e gli obblighi di chi ha la proprietà utile ». Per le disposizioni del Codice sassone, che rifiuta la distinzione del *dominio diretto* ed *utile* vedi §§ 2527-2541. Il Codice sassone agguaglia espressamente l'attuale possessore del fedecommesso per gli obblighi e pesi all'usufruttuario (§ 2533): i successori del fedecommesso hanno sul patrimonio del casato (*Stammvermögen*) un *diritto di aspettativa* (*Anwartschaft*). §§ citati. Conf. pel diritto prussiano: Forster, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, III, § 242, e pel diritto austriaco: Unger, *Das österreichische Erbrecht*, § 89.

(2) I principali scrittori di filosofia del diritto e di economia politica, che seguono le due teorie, vedi nella mia *Enciclopedia giuridica*, § 35.

proprietà capitalistica è la negazione del diritto di personalità; che le cose, già in tanti modi, e spesso illegittimi, appropriate, ora sono sottratte allo sviluppo della personalità della maggior parte degli uomini, e così si rende in questi impossibile precisamente quello sviluppo della personalità, dalla quale il diritto di proprietà si fa derivare. E quanto al lavoro, il Lassalle dice: è precisamente una proprietà originata dal lavoro quella che noi vogliamo; la proprietà attuale è in minima parte originata dal lavoro; essa è il risultato della rendita, delle *congiunture*, delle appropriazioni feudali, dell'indebita appropriazione della retribuzione dovuta al lavoratore, del diritto ereditario. E quando anche per rispetto dei diritti quesiti, prosegue il Lassalle, si volessero rispettare gli attuali possessori del capitale, la legge potrebbe mutare i modi di acquisto (1). Ora è naturale che la prima mutazione dovrebbe essere, secondo questo concetto, l'abolizione del testamento.

**28.** In altro scritto io ho accettata la teorica che il diritto di proprietà sia una conseguenza del diritto di personalità individuale, seguendo la teoria di Hegel, del Rosmini, del Trendelenburg, dell'Ahrens e di una serie numerosa di scrittori odierni di filosofia del diritto (2). Questa teoria trova la sua prima origine anche in Kant, il quale dice: « Il *mio giuridico* è tutto ciò, col quale io sono sì fattamente congiunto, che l'uso che altri faccia di esso senza il mio consenso *lede me stesso* (3) ». Kant rannoda questo concetto alla teoria del contratto; ma prescindendo da ciò, egli con una frase assai scultoria ha designato il legame che unisce la cosa alla persona, come un legame, che ha anche un aspetto psicologico, il qual lato della proprietà fu assai bene chiarito dal Rosmini (4). L'offesa alla proprietà è sentita dal proprietario come offesa alla sua personalità, e non v'ha ceto nel quale questo sentimento è più vivo, quanto in quello dei contadini. Che in certi tempi le condizioni sociali dell'ordinamento della proprietà possano riuscire dannose alla società, non tocca il fondamento della proprietà. Anche individualmente il diritto di proprietà può riuscire ad un abuso, che può rimanere, per la natura speciale del diritto, non represso. Ma l'impronta della libertà, del volere, che si esplica colla signoria sulla cosa per farla servire ai fini della persona, esige rispetto e garentìa. Si oppone l'appropriazione essere in più casi frutto di una spogliazione. E ciò può anche ammettersi; in ogni modo non è sempre frutto di spogliazioni. Non lo è, secondo la stessa opinione dei socialisti, quando la proprietà è originata dal lavoro. Non lo è stata nelle origini, quando la proprietà è derivata da una concessione dello Stato (si ricordino le primitive *adsignationes*). Ora anche quando si riconosca uno solo dei modi di acquisto della proprietà storicamente e razionalmente, e poniamo l'acquisto mediante il lavoro, la conseguenza è la giustificazione della proprietà individuale, e dei vari modi di acquisto che oggi la legge riconosce. E diffatti non è possibile sceverare tra gli attuali possessori quelli che hanno originariamente acquistata la proprietà mediante un modo legittimo, per es. mediante il lavoro, e quelli che l'hanno acquistata con una spogliazione. E tralascio a disegno il modo di acquisto per successione ereditaria, poichè io credo che esso connettesi essenzialmente con le stesse basi razionali della proprietà, con la stessa spinta al lavoro. Oltrechè il tempo, che nella successione dà ai fatti il carattere storico, dà la legittimità anche ai fatti originariamente illegittimi. E su ciò si fonda l'istituto della prescrizione. Ora che eventi, congiunture, ed in altri termini il fato, la *vis divina*, la *coniunctio rerum causarumque* spingano individui alla miseria ed altri all'opulenza, è vero. Ma non è possibile che lo Stato, sia pure oltrepotente come lo concepisce il socialismo, possa sopprimere il male della miseria, uno dei tanti aspetti del male, che addolora la vita dell'uomo. Lo Stato ha certamente il còmpito di organizzare istituti sociali, atti a temperare il male della miseria; esso con una saggia politica economica può anche moderare la tendenza all'accentramento capitalistico; ma sostituirsi in tutte le funzioni economiche, sopprimere la spinta al lavoro ed alla produzione, introdurre un socialismo livellatore, contraddice al sentimento dell'individualità umana, alla libertà individuale nella sua economica manifestazione, alla stessa spinta al risparmio, al lavoro, alla produzione; pensiero che si affacciò già da tempo in Aristotele nella sua meravigliosa critica al comunismo ideale di Platone (5). E si aggiunga ancora una osservazione. La storia ha un corso necessario: la civiltà odierna se ha grandi mali, ha grandi ed

(1) Vedi un riassunto assai chiaro della critica dei socialisti in Schäffle, *Sistema sociale dell'economia umana*, p. 57 e seg. (*Bib. dell'Econ.*, 2ª serie, vol. III). Conf.: Lassalle, *Capitale e lavoro* (*B. dell'Econom.*, 3ª serie, vol. IX); Marx, *Il capitale* (*B. E.*, 3ª serie, vol. citato).

(2) Vedi la mia *Enciclopedia giuridica*, §§ 33-36, 3ª ediz. (Napoli 1885).

(3) Kant, *Met. Anfangsgründe d. Rechtsl.*, I, §§ 1-17.

(4) Rosmini, *Filosofia del diritto*, §§ 312-451.

(5) Conf. il mio scritto: *Dottrina dello Stato nell'antichità greca*, p. 105 (Napoli 1873).

incommensurabili beni. Ora come scindere il processo grandioso della civiltà dalle condizioni, dall'ordinamento della proprietà individuale e capitalistica? Da un punto di vista sociale si è tratti a considerare la proprietà stessa, legata all'individuo, come una *funzione sociale*. La proprietà non è *officio*, ed in ciò ha ragione lo Stahl (1), ma essa ha adempiuto a tanti scopi di civiltà; essa può considerarsi come veramente una *funzione sociale;* ed il ceto dei proprietari non può considerarsi come un ceto di *ladri* e *spogliatori*, come li contrassegna il socialismo, ma come un gruppo naturale della società. Certo il sentimento egoistico, la smania di arricchimento, accompagnano pur troppo lo sviluppo della proprietà individuale. Il sentimento della carità cristiana, il dovere morale del soccorso agli indigenti, erano più forti in altri tempi, ed è giusto invocare un'altra forma della carità, e, sin dove è possibile, anche una forma coattiva. Ma dall'invocare grandi istituzioni sociali, in forma di previdenza e di soccorso, per es. casse di soccorso per le malattie e per la vecchiaia, dall'invocare anche l'intervento dello Stato per la universale diffusione di beni sociali di diverse specie, quali per es. la cultura (mediante pubblici istituti di istruzione, gabinetti, musei, ecc.), dall'invocare anche una più efficace protezione al diritto del lavoro, alla aspirazione della totale abolizione della proprietà privata e del capitale è un abisso.

Io non posso certo lusingarmi di avere con queste poche osservazioni esaurita la critica del socialismo. Contrappongo una convinzione teoretica, che giustifica in gran parte gli attuali ordinamenti, ad una teoria che intende abbatterli dalle fondamenta. In ogni modo scindere la questione del testamento in ispecie, e della successione ereditaria in generale, dalla questione generale della proprietà non è possibile; ed accettata la proprietà individuale, conseguenza necessaria è il testamento.

**29.** Il testamento, si giustifica per le stesse ragioni fondamentali della proprietà (2). Esso è un impulso al lavoro, al risparmio, alla produzione: chi sa che non può disporre del suo patrimonio pel tempo, in cui avrà cessato di vivere, ove non lo soccorra l'affetto della famiglia, è tratto a disperderlo, a servirsene egoisticamente. Il sentimento di vivere nella ricordanza dell'erede oltre la tomba, è negato dall'abolizione del testamento; e questo concetto non potrebbe essere meglio espresso, che ripetendo le parole di Quintiliano: *Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet. ut cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.*

**30.** Resta ad esplicare come un atto di volontà della persona possa produrre il suo effetto dopo la morte. Come si è visto, l'impossibilità di una alienazione pel tempo dopo la morte è un pensiero che si affacciò già ai glossatori, e fu formulata nettamente da molti scrittori della scuola del diritto naturale, ed anche da Fichte. Uno scrittore recentissimo di filosofia del diritto, il Wallaschek afferma che questo concetto della vecchia scuola del diritto naturale è giusto, e che la scienza odierna del diritto l'ha combattuto vanamente (3). Giuridicamente la difficoltà della concezione giuridica del testamento come atto di alienazione sta dunque nella concezione che l'efficacia della volontà cessa *post mortem*. La teoria che equipara il testamento al contratto è determinata dal pensiero di vincere questa difficoltà, e da questo punto di vista io credo che la teorica di Kant sia la più profonda (vedi sopra nº 10). L'analogia messa innanzi dal Cimbali tra il testamento considerato come contratto ed il contratto tra assenti non è giusta (4). Poichè, qualunque sia la teorica anche la più larga che si voglia accettare sul momento della perfezione del contratto, sta in questo l'elemento essenziale che esso è trasferimento di diritti, di obblighi, da avere effetto durante la vita. Il contratto tra assenti è atto tra vivi, il testamento è atto *mortis causa*. Nel contratto tra assenti il punto controverso, da un punto di vista astratto, è quando il contratto si perfezioni, in guisa che l'offerta, la promessa non sia più revocabile, mentre nel testamento la revocabilità permane sino alla morte. E se, secondo il Cimbali, il testamento è un contratto che si perfeziona dopo la morte, un contratto *sui generis*, il cui perfezionamento è dato dall'accettazione dell'erede, resta la difficoltà di considerare persistente la volontà del testatore anche dopo la morte. E sotto questo punto di vista è più profondo il concetto di Kant, poichè Kant, se considera il testamento come contratto, lo considera già conchiuso tacitamente prima della morte, in quanto l'erede acquista la facoltà di accettare

(1) Stahl, *Phil. d. Rechts*, vol. II, p. 252, 3ª edizione (Heidelberg 1854).

(2) Stuart Mill, *Princ. di Econ. polit.* (*Bib. dell'Economista*, 2ª serie, vol. XII, p. 510). Stuart Mill giunge persino a disconoscere, sotto l'influenza del diritto inglese, il dritto della famiglia nelle successioni *ab intestato;* mentre vagheggia l'idea di limitare la capacità di acquistare per lascito o per testamento. Op. cit., p. 604.

(3) Wallaschek, *Studien sur Rechtsphilosophie*, p. 323 (Leipzig 1889).

(4) Cimbali, *Il testamento è contratto*, p. 2 (Napoli 1884) (Estratto dal *Filangieri*, giugno 1884).

l'eredità per questo evento, sebbene contro Kant si possa fare l'obiezione della ritrattabilità del testamento, e quindi la vanità di quel diritto tacitamente acquistato dell'erede. Prescindendo dalla teoria positiva dell'accettazione dell'eredità secondo il nostro Codice, teoria che io discuterò nella parte generale delle successioni, l'accettazione dell'eredità è una dichiarazione di volontà dell'erede, che s'incontra con una dichiarazione di volontà di una persona già defunta: questo è l'elemento differenziale tra tale atto ed un contratto, ed eliminandolo, si rende falsa ogni analogia. In ogni modo, anche quando, come dice il Cimbali, il testamento fosse un contratto *sui generis*, la difficoltà permane per l'esigenza razionale di giustificare, come ho detto, la persistenza della volontà anche dopo la morte sino al momento dell'accettazione dell'erede. E tale difficoltà è comune con la teorica che considera il testamento come un atto unilaterale. Il punto fondamentale della questione è adunque questo, e non altro.

**31.** Il Lassalle ha sostenuto che due sono le teorie che veramente son degne di tal nome. La teoria romana, fondata sul concetto della perpetuità del volere (*voluntas ultra mortem*) e la teoria di Leibnitz, che, come si è accennato, fonda il testamento sulla immortalità dell'anima (1). Ma in fondo il Lassalle, riferendo con elogi le parole di Brissot (2), capo della Gironda, è avverso al testamento, in accordo con le sue idee socialiste. Ma io credo che la legge considerando come persistente il volere *ultra mortem* non fondi la sua garentia su una finzione. Nel lavoro, altre volte citato, sin dal 1873 diceva: « Nel testamento la volontà unilaterale esige garentia. Il testamento, come atto sostanziale della volontà, sopravvive alla persona. Il diritto, garentendo il testamento, garentisce la volontà, che si infutura » (3). In verità io non veggo una difficoltà invincibile nel far perdurare dopo la morte (*ultra mortem*) la volontà espressa di un vivente: la personalità umana nella sua attività produce effetti, che possono oltrepassare la sua terrena esistenza (4). E ciò in vari campi, nella politica, nella scienza e nell'arte. L'efficacia della volontà *ultra mortem* è garentita nel testamento. E la legge, che è l'espressione della volontà pubblica e sociale, non è determinata da motivi arbitrarii, riconoscendo la capacità di testare, ma da esigenze razionali. Senza il riconoscimento della legge ogni pretensione è vana e non giuridica, ed il diritto di testare non esisterebbe; ma se la legge riconosce tal facoltà, la riconosce pel rispetto che si deve all'umana volontà, perchè il diritto di testare completa la pienezza del diritto di proprietà, perchè, come si è notato, è un impulso al risparmio ed alla produzione, e perchè l'abolizione del testamento contraddice all'umano sentimento di potere designare chi debba godere dopo la morte delle proprie sostanze. E giuridicamente tutto l'ordine giuridico obiettivo è un rapporto di volontà: la dichiarazione legittima di ultima volontà cade in questo ordine di volontà, diventa permanente nell'organismo del diritto; e protetta e garantita dalla volontà obiettiva (legge) assume una certa forma obiettiva anche essa (*dicat testator, et erit lex*. Si ricordi l'antica formula delle XII, *Uti legassit*, ecc.). La teoria, che ripone la giustificazione del testamento nella legge, ha un lato vero; ciò che non si può ammettere, a mio parere, è che la legge, ciò facendo, non riconosca esigenze razionali del diritto, che la legge riconosca il testamento per evitare una lotta dopo la morte, se i beni fossero dichiarati *res nullius*, e quindi soggetti al primo occupante. E questo concetto, già apparso in taluni scrittori della vecchia scuola del diritto naturale, non è stato completamente abbandonato (5). E con ciò io accetto anche, sotto un certo punto di vista, che nel testamento non è solo la volontà individuale, ma la volontà sociale, generale, obbiettiva, espressa dalla comunanza sociale costituita a Stato nella forma della legge.

(1) Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte*, II, 2ª ediz., p. 18 e segg., p. 501 (Leipzig 1880).

(2) « Il primo principio » dice il Brissot « è che il dritto di testare è una di quelle *convenzioni sociali*, che non hanno la loro esistenza che dalla legge; il secondo è che la legge può non fare eseguire *la volontà di un individuo che non è più*. La legge può sopprimere la convenzione che essa garentisce; il dritto di testare può dunque essere abolito » (*Moniteur*, 9 e 10 marzo 1793). Vedi in Lassalle, op. cit., p. 499, n. 2.

(3) *Enciclopedia giuridica*, § 74, 1ª ediz. (Napoli 1873), § 75, 2ª ediz. (Napoli 1875). Dopo di me hanno espresso lo stesso concetto Del Giudice, *Enciclop. giur.*, § 81 (Milano 1880), Miraglia, *Filos. del dir.*, p. 395 (Napoli 1885).

(4) Ihering ha rilevata l'importanza della legge di eredità pel progresso della civiltà in generale. Questa legge è fondata sulla umana natura essenzialmente sociale, in guisa che l'esistenza di ciascun uomo non è solo per sè, ma per l'altro. Ihering, *Der Zweck im Rechte*, vol. I, n. 87 (Leipzig 1887).

(5) Se i beni fossero dichiarati del primo occupante vi sarebbe una lotta feroce per ogni caso di morte, simile alla scena che offre la plebe, che si azzuffa ed accapiglia per raccogliere il danaro gettato. E da questa considerazione, e dall'idea herbartiana che la *lotta dispiace* Geyer trae la giustificazione del dritto successorio. Vedi: Geyer, *Rechtsphil.*, p. 179 (Innsbruck 1863).

**32.** Nè a me par giusto il concetto del Lassalle, cioè che una legge, la quale riconosca il testamento, non può fondare la successione *ab intestato* sopra una specie di comunione giuridica della famiglia (1). L'abolizione del testamento è la conseguenza del rigoroso concetto della comproprietà, intesa nel senso romano, ed anche forse del concetto della proprietà collettiva nel diritto tedesco; ma a me non sembra derivi necessariamente dal concetto, che io seguo (conf. sop., n° 23). Il diritto di testare si accorda col diritto di famiglia: questo ne è il limite, ma di ciò in seguito. Inoltre la facoltà di testare là dove sembra che più si opponga al diritto di famiglia, cioè nell'esistenza di figli, trova appunto la sua completa giustificazione. E qui soccorre l'autorità del Bentham, il quale dice: « Il potere di testare può considerarsi come un istrumento di autorità confidato all'individuo per incoraggiare la virtù e reprimere il vizio nella sua famiglia. È vero che esso può riuscire ad un effetto opposto; ma fortunatamente questo caso sarà una eccezione... Ciascun proprietario rivestito del potere di testare, che è un ramo della legislazione penale e rimuneratoria, può essere considerato come un magistrato, istituito per conservare il buon ordine in quel piccolo stato, che si chiama famiglia. Questo magistrato può prevaricare, e poichè egli non è contenuto nel suo potere nè dalla pubblicità nè dalla responsabilità, egli sarà più soggetto ad abusare che altri; ma questo pericolo è controbilanciato fortemente dai vincoli d'interesse e di affezione, che mettono in accordo le sue inclinazioni coi suoi doveri. Il suo affetto pei figli e pei parenti è una garentia per la sua buona condotta, garentia che dà tanta sicurezza, quanta se ne può avere per un magistrato politico » (2). Ed il Bentham aggiunge che il potere di testare reca anche un vantaggio al capo della casa: gli accresce i poteri sopra i membri della famiglia, lo garentisce contro l'ingratitudine, gli assicura l'obbedienza anche quando i figli hanno raggiunta la maggiore età (3). La facoltà di testare si accorda dunque coi fini etici della famiglia. « La libertà di testare, dice lo Schäffle, sopra una certa porzione legale ereditaria non implica nessuna ingiustizia..... (4). Il suo uso deve essere sorretto dalla consuetudine, e suppone padri, che in un'assidua vita di lavoro vogliano provvedere al bene dell'intera famiglia, da un lato conservando un patrimonio fondamentale di famiglia col nome di essa, e dall'altra volendo concedere una dotazione a tutta la numerosa famiglia. Il giusto compimento di questo dovere è una delle più serie cure, eccitata dai sentimenti più teneri. Esso avviene sul cadere della vita del padre di famiglia, quando l'esperienza è nella massima maturità, la passione raffreddata, l'umore conciliante, e massima l'autorità della disposizione. Con questa consuetudine la vita della famiglia inglese è rimasta intima e tenera, e vigorosa la potestà paterna » (5).

**33.** Le due forme fondamentali della successione non si contraddicono reciprocamente. Nel diritto di famiglia la potestà di testare trova il suo limite, giacchè è giusto che nell'esistenza di taluni congiunti (discendenti, ascendenti, coniuge) la legge garentisca ad essi un diritto di successione necessaria in una parte del patrimonio della famiglia (legittima, riserva). E quando tali persone non esistono, ma esistono altri ordini di successori *ab intestato*, la legge dà piena facoltà di testare, prevalendo così la destinazione libera del proprietario. L'intima connessione etica e sociale, che si ravvisa nel patrimonio di famiglia, allora può dirsi disciolta, ed il diritto di proprietà ha il sopravvento, e la legge riconosce al proprietario la scelta di chi egli crede più degno di godere di un capitale ereditario, e più adatto a conservarlo e svilupparlo.

**34.** Ed ora al termine di questa discussione, consegue dalle osservazioni fatte il reciproco rapporto delle due forme di successione. L'ordine delle successioni *ab intestato* non è una pura legge suppletiva della volontà privata. Tale sarebbe secondo il concetto del testamento presunto o tacito. Invece secondo la teorica, che io seguo, l'ordine delle successioni *ab intestato*, fondato sul diritto di famiglia, costituisce la regola. La legge, come l'espressione sociale della volontà della comunanza, costituita a Stato, dà nella esistenza di taluni congiunti, aventi diritto a legittima o ad una quota di riserva, solo un limitato potere di derogare all'ordine legittimo della successione: quando questi congiunti manchino, la legge accorda, o se si vuole, riconosce alla persona individuale la facoltà di disporre di tutta la sua sostanza. Ma è sempre l'ordine stabilito dalla volontà sociale, ed ispirato al diritto di famiglia, ciò che costituisce la regola, ed il potere di derogarvi è accordato dalla stessa volontà sociale nella forma della legge. Io accetto

(1) Lassalle, op. cit., p. 501.

(2) Bentham, *Princip. du Code civil*, p. II, cap. IV (t. I, p. 97 delle opere pubblicate da Dumont, Bruxelles 1829).

(3) Op. e loc. citati.

(4) Sistema sociale dell'economia umana (*Bib. dell'Economista*, 3ª serie, p. 733).

(5) Schäffle, op. cit., p. 777 778.

qui compiutamente il concetto del Dernburg. Altro è, egli dice, dare al volere del singolo la forza di derogare in dati casi alla norma universale, altro è ricondurre la norma universale al volere particolare. Tanto la *norma dispositiva* quanto la *coattiva* hanno il loro fondamento nella *ragion pubblica*, cioè nella considerazione di ciò che è utile e desiderabile in media tanto pel particolare, quanto per l'universale. Ma la norma coattiva non dà alcuna scelta, costringe assolutamente il volere individuale, mentre la norma dispositiva dà in dati casi potere alla volontà individuale di derogare al suo precetto. La legge valuta ciò che deve essere ed il meglio che deve essere nella più parte dei casi e per regola, ma lascia un campo più o meno libero per apprezzare e valutare le circostanze individuali, e quindi garentisce la facoltà di derogare in tutto od in parte ai suoi precetti. Ora l'ordine delle successioni legittime è la più importante delle leggi dispositive; ed il Dernburg giustamente conchiude che tutto questo è confermato dal fatto che la successione *ab intestato* ha luogo anche alla morte dei fanciulli e dei mentecatti, i quali nel senso del diritto non hanno una volontà, alla quale tal successione possa immediatamente ricondursi (1). E nel senso della nostra stessa legislazione giustamente disse il Pisanelli: la successione legittima costituisce la regola, la testamentaria l'eccezione (2): la volontà pubblica, che si manifesta nella prima non è serva della volontà individuale e privata.

**35.** E questi concetti giustificano la precedenza che il nostro Codice, come quello francese, ed il Codice napoletano del 1819, dànno alle successioni legittime rimpetto alle testamentarie, innovando così l'ordine sistematico delle istituzioni di Gaio e di Giustiniano, al quale si attennero i Codici parmense e sardo. E con essi a mio parere deve interpretarsi l'art 720 del vigente Codice civile: « Non si fa luogo alla successione legittima, se non quando manchi in tutto od in parte la testamentaria » (3). In questo articolo è sancita una naturale conseguenza della facoltà data alla volontà privata di derogare in tutto o in parte all'ordine legittimo stabilito; poichè è naturale che se si è dato alla volontà privata il potere di derogare alla successione *ab intestato*, la legge deve garentia e protezione a tal deroga, ed in questo caso la volontà privata prevale alla volontà sociale, perchè la stessa volontà sociale ha garentita questa prevalenza.

**36.** Come conclusione a queste considerazioni, che debbono servire come introduzione all'esposizione positiva del diritto di successione, ma che naturalmente non impegnano i vari scrittori dei singoli trattati nel *Digesto*, è a notare il carattere dell'*hereditas* come *successio in universum ius defuncti*, come un *nomen iuris*, l'insieme dei diritti e degli obblighi del defunto. È questo il concetto romanista dell'eredità, che il nostro Codice accetta, e che secondo il Bruns (4) è più profondo del concetto tedesco. Io non credo qui il luogo di ricercare la base razionale di questo concetto. In ogni modo è certo che il carattere di erede, come conseguenza della *successio in universum*, è impresso al successore dalla legge. Così la designazione di un *successore universale* o è direttamente fatta dalla legge (successione *ab intestato* o legittima) o dalla volontà del defunto, confermata dalla legge (successione testamentaria). E così si spiega l'investitura legale, che secondo il nostro Codice compete tanto all'erede del sangue, quanto all'erede testamentario (art. 925). Sotto certi rispetti adunque l'acquisto *ipso iure* dell'eredità è un acquisto per legge, e come un acquisto per legge il diritto inglese considera tanto la successione testamentaria, quanto la successione *ab intestato* (5). E con ragione può ripetersi anche nel diritto odierno con Ulpiano: L. 130, D. *De verb. sig.: Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

F. Filomusi Guelfi
Professore ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma.

(1) Dernburg, *Preus. Privatrecht*, III, p. 281 (Halle 1884). Conf. Pfaff und Hoffmann, *Köm. d. öster. b. Ges.*, vol. II, p. 2 e segg.

(2) Relazione Pisanelli, § 1 (Vedi in Gianzana, *Lavori preparatori e leggi complementari del Codice civile*, I, *Relazioni*, p. 57 (Roma-Napoli 1887)). Il passo è riferito sopra.

(3) Il Codice parmense e l'albertino dicevano (art. 611 Cod. par., art. 695 Cod. albertino): « In mancanza di testamento sottentra la disposizione della legge ». Non credo sia da trascurare l'osservazione della mutata dizione nel nostro Codice.

(4) Bruns, *Das heutige Römische Recht*, § 95 (Holtzendorff, *Encyc.*, Leipzig 1882).

(5) Gundermann, *Englischen Privatrecht*, p. 148 e seguenti (Tübingen 1864).

# SUCCESSIONE

## Diritto Romano.

Bibliografia.

Fonti: Gai, *Inst.*, dal lib. ii, § 97 al lib. iii, § 76. — Ulpiani, *Fragm.*, dal tit. xv al tit. xviii e dal tit. xx al tit. xxix. — Pauli, *Receptae sentent.*, i, tit. 13, 18, iii, iv, tit. 10, 11. — *Cod. Gregorian.*, da ii, 6 al iii, 1-4. — *Cod. Hermogen.*, tit. xi, xxi. — *Cod. Theodos.*, i, tit. ii, const. 19-22, 24; tit. iv, const. 1, 4, 6, 21; tit. v, const. 1-4; tit. x, const. 8 e ss. - *Nov. Theod.*, lib. i, tit. 16. — *Novel. Valentiniani*, ii, 21. — *Nov. Marciani*, iii, 2. — *Nov. Maiorani*, iv, 5. — *Nov. Anthemi*, iv, 3. — *Collatio mosaicar. et rom. legum*, xvi. — *Instit.*, dal lib. ii, tit. 10, al lib. iii, tit. 1-12. — *Digest.*, lib. v, tit. 2-6; lib. x, tit. 2, lib. xxxiii-xxxviii. — *Cod. Iustin.*, iii, tit. 28-31; iv, tit. 16, ss, lib. vi. — *Novel. Iust.* 1, 5, 18, 22, 39, 48, 56, 74, 76, 84, 87, 89, 92, 97, 101, 157, 115, 117-419, 123, 127, 131, 158, 159, 164.

Donellus, *Comm. iur. civ.*, lib. 6-9. Dei moderni, oltre i trattatisti, vedi Vering, *Römisches Erbrecht*, Heidelberg 1861. — Tewes, *System des Erbrecht*, Leipsig 1863.— Köppen, *System des heut. römish. Erbrechts*, Jena 1864. — Schirmer, *Handbuch des römish. Erbrechts*, Leipsig 1863. — Arndts, *Civilist. Schriften*, ii.

### Capitolo I. — Principii generali.

#### § 1. — *Nozione della successione.*

**1.** Significato della parola *successio; successio in singulas res; successio in universum ius.* — 2. *Successio inter vivos; causa mortis.* — 3. Nozione della *hereditas.* — 4. Differenza tra l'acquisto per *universitatem inter vivos* e la *hereditas.* — 5. Limitazione della *hereditas* come *successio in universum ius.* — 6. La *hereditas* è una successione immediata universale; altre forme di successioni *causa mortis;* legato; fedecommesso universale; *donatio causa mortis.*

**1.** Intendesi col vocabolo successione, *successio*, il subentrare di una persona nel diritto o nei diritti di un altro. Donde la distinzione di *successio* per *singulas res*, *successio in rem, successio in rei dominium:* il che si ha con ogni modo derivato di acquisto: *successio per donationem facta est* (1).—*Successores*, dice Ulpiano (2), *non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.*

Il subentrare nella totalità o nella universalità di diritto costituisce la *successio per universitatem*, *per universum ius.*

Entrambi questi modi di succedere possono essere determinati o da un atto tra vivi, o da uno *causa mortis.*

**2.** I Romani riconoscevano una successione *per universitatem* anche per una causa determinantesi *inter vivos*, come pel matrimonio *cum conventione in manum morti*, o per l'arrogazione, per l'*emtio bonorum*, e nella legislazione giustinianea per la rivocazione del figlio emancipato sotto la patria potestà *propter ingratitudinem* (3).

Per nessun altro atto *inter vivos* può concepirsi una trasmissione di patrimonio, considerato questo come un tutto ideale, neppure con la *donatio omnium bonorum*, quanto che in virtù di tale donazione il donante è obbligato trasferire per singoli atti la proprietà delle cose esistenti nel suo patrimonio, e a cedere i singoli diritti. Sicchè essa donazione non costituisce una successione *per universitatem.*

In generale il vocabolo *successio* è adoperato per dinotare il subentrare di una persona nella universalità dei diritti di un'altra persona defunta; *successio in universum ius, quod defunctus habuit, universitatis unusquisque successionem, qua succeditur in ius demortui* (4).

**3.** Questa successione nel complesso dei rapporti giuridici del defunto è la *hereditas, quae nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit* (5).

Essa può avere un significato obbiettivo ed è il complesso dei rapporti giuridici di un defunto in quanto viene rappresentato dalla persona che succede, ed un significato subbiettivo che consiste nel diritto di una

(1) L. 17, § 5, *de pact.* (2, 14); L. 51, *de fideicomm. libert.* (40,5).
(2) L. 24, § 1, *de damno infecto* (39, 2).
(3) Gai, *Inst.*, iii, 82, 84; § 6, *Inst. per quas pers.* (2, 9); § 1, *Inst. de adquis. per adrog.* (3, 10); confr. § 1, *Inst. de succ. subl.* (3, 12).

(4) L. 24, 208, *de verb. sign.* (50, 16); L. 3, pr. *de bonor. poss.* (37, 1).

(5) L. 62, *de reg. iur.* (50, 17); L. 24, *de verb. sign.* (50, 16); L. 22, *de usurp. et usuc.* (41, 3).

persona di rappresentare il defunto nell'insieme del suo patrimonio.

**4.** Essa genera innanzitutto un acquisto *per universitatem*, come avviene nei pochi casi notati dalla successione per causa *inter vivos*. Le fonti mettono entrambi questi modi di acquisto nella stessa linea. « Si « cui heredes, dice Gajo, facti sumus, sive cuius bonorum « possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, « sive *quem adrogeverimus*, sive *quam in manum* ut « uxorem *receperimus, eius res ad nos transeunt* (1) », concetto seguito dallo stesso Giustiniano nelle sue Istituzioni (2). Però tra la *successio per universitatem inter vivos* e la *hereditas* vi ha notevole differenza.

La successione che si determina come un semplice acquisto *per universitatem* riguarda solo il far proprio i rapporti attivi della persona cui si succede, quantochè per diritto rigoroso le obbligazioni passive si estinguono con la *capitis diminutio minima*, onde si succede negli *omnia iura* dell'arrogato o della moglie *cum conventione in manum* (3).

Mentre la *hereditas* mette il successore nella medesima posizione giuridica dell'antecessore nella universalità dei suoi rapporti, i quali vengono perpetuati, sopravvivendo la personalità del defunto all'uomo, e trasfondendosi nella personalità dell'erede. Quindi la *hereditas* è chiamata dalle fonti un *nomen iuris* (4); si astrae dal suo stesso contenuto materiale, in guisa che esiste eredità anche quando il passivo superi l'attivo, o vi ha solo un passivo, ovvero pure (5) anche senza vi sia un qualunque *corpus* o *ius* nella *hereditas; Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet* (6). Al concetto della *hereditas* è sufficiente che il defunto abbia la capacità patrimoniale, onde gli *homines alieni iuris* e gli schiavi nell'antico diritto, e gli schiavi soli nella legislazione giustinianea non possono avere *hereditas* (7).

**5.** Naturalmente sebbene la *hereditas* crei una *successio* in *universum ius*, pure essa non comprende tutti quei diritti che sono legati esclusivamente alle persone, o si estinguono con la morte del subbietto, quali sono le servitù personali, i diritti di famiglia, personali privilegi, e qualche rapporto contrattuale, quale la società, il mandato, il compromesso ed alcune azioni, come le così dette *vindictam spirantes*, che non si trasmettono attivamente, e le penali che non si trasmettono passivamente. Meno questi diritti personalissimi, il successore per mezzo della *hereditas* è considerato come la stessa persona del defunto, onde diventa proprietario, creditore, debitore, convenuto od attore come il defunto medesimo.

**6.** Da questa nozione risulta che la *hereditas* costituisce una successione universale, in *universum ius*, ed immediata, quanto che il successore dal momento della morte dell'antecessore riveste la personalità di lui: *Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus constat* (8).

Come conseguenza di queste due caratteristiche si ha che, avvenuta la successione, i patrimoni dell'erede con quello del defunto si confondono insieme, riguardandosi come un solo patrimonio. *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt* (9).

La *successio causa mortis* può essere anche particolare, una *successio in singulas res*. Questa si concreta nel legato, e, prima di Giustiniano, anche nel fedecommesso singolare. Questa forma di successione ha l'effetto che il legatario non dipende direttamente, come l'erede, dal defunto, ma vi succede per l'intermediario dell'erede. Quindi questo istituto determina una successione mediata singolare.

In mezzo a questi due tipi di successione a causa di morte, una immediata l'altra mediata, una universale l'altra singolare, il diritto romano riconosce altri due istituti, che partecipano dell'uno e dell'altro carattere e sono:

Il fedecommesso universale per cui si succede per *universum ius*, in quanto il fedecommissario succede in tutto il patrimonio del defunto e ne rappresenta la sua personalità in tutti i rapporti giuridici, ma vi succede per l'intermediario di un'altra persona che è l'erede fiduciario;

Finalmente per la *donatio mortis causa* il donatario, come l'erede, succede immediatamente al defunto senza bisogno di una persona intermedia come avviene nel legato, ma succede nei singoli diritti e da questo lato essa partecipa del legato, a cui, come si osserverà, è eguagliata.

### § 2. — *Della eredità giacente.*

7. Nozione della *hereditas iacens*. — 8. In che senso le cose appartenenti alla *hereditas iacens* sono appellate in qualche testo *res nullius*; *Usucapio pro herede* nella legislazione ante giustinianea. — 9. La eredità giacente è considerata come una persona fittizia; opinione del Savigny; confutazione. — 10. Natura propria della eredità giacente. — 11. Conseguenze giuridiche nascenti dalla natura della *hereditas iacens*. — 12. Il curatore della eredità giacente.

Bibliografia.

Finestres, *Praelect. Cervarien. ad tit. de acquir. vel. omit. hered.* Pars I, cap. 1, 2, 1752. — Maiansi, *Disput. iur.*, II, *Disput.* 36, Lugduni 1752. — Ehrhardt, *De iure hereditatis jacentis*, Erf. 1695. — Schirmer, *De tribus regulis juris in hered. iacente observatis*, Vratislav. 1852. — Köppen, *Dissert. inauguralis de natura hered. non nunc aditae*, Berl. 1850. — Ihering, *Die Lehre von der hereditas iacens* (*Dissert.* n. 8). — Vering, *Römisch. Erbrecht*, Heidelberg 1861. — Lo stesso, in *Heidelberger Jahrbüch*, 1857, n. 44, pag. 675. — Savigny, *Syst.*, II, § 102. — Schnitzler, *De hereditatis iacentis natura* (*Diss. inauguralis*), Berol. 1871.

**7.** Secondo il concetto fondamentale dell'eredità, cioè che la personalità del defunto riveste quella dell'erede, onde questi succede immediatamente nel complesso dei rapporti giuridici di quello, consegue essere inconcessibile una interruzione di tempo tra la morte del defunto e l'entrare dell'erede nel complesso del patrimonio di lui.

*Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.*

*Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* (10).

Però, meno pei successori necessari, accade che tra

(1) Gai, *Inst.*, II, 98.
(2) § 6, *Inst. per quas pers.* (2, 9); pr. *Inst. de legat.*, (2, 20).
(3) Gai, *Inst.*, III, 83, 84.
(4) L. 119, *de verb. sign.* (50, 16).
(5) *Eod.*
(6) L. 50, pr. *de her. pet.* (5, 3).
(7) L. 2, § 3, *unde leg.* (38, 7); L. 4, *Cod. com. de success.* (6, 59). Arndts, *Civ. Schrif.*, I, pag. 1, 15.
(8) L. 59, *de reg. iur.* (50 17).
(9) L. 23, pr. *de acquir. poss.* (41, 2).
(10) L. 193, 138, *de regul. iur.* (50, 17); confr. L. 54, *de adquir. vel omitt. hered.* (29, 2); L. 28, § 4, *de stip. serv.* (45, 3).

la morte del testatore e l'acquisto della eredità vi corre un intervallo, finchè l'erede chiamato abbia notizia dell'aperta successione, e finchè egli deliberi, se gli convenga o no accettare la eredità. In tale stato la *hereditas* si dice *iacens*.

**8.** In questo intervallo i beni ed i rapporti giuridici che compongono la *hereditas* non hanno rappresentanti in una persona determinata; il defunto non è più, l'erede non ha ancora assunta la sua qualità giuridica. Quindi per questa condizione di fatto i beni possono dirsi *nullius*, non nel senso che mancano di ogni e qualunque rappresentanza, ma che il reale rappresentante, che necessariamente vi sarà in una persona fisica, ch'è l'erede, o al postutto in mancanza di qualunque altro, il fisco, nel fatto non ha ancora adita la eredità.

*Res hereditariæ, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt* (1).

Nella legislazione giustinianea la espressione *res nullius* non può avere che il significato da noi dato; ma essa può essere considerata bene quale eco d'un tempo in cui la *hereditas*, in mancanza di *sui heredes*, era una *res nullius* e quindi soggetta ad occupazione; e ciò allo scopo che i *sacra hereditaria* non fossero per lungo tempo senza culto, e che i creditori ereditari potessero sapere al più presto possibile chi dovesse essere il loro debitore. In conseguenza di ciò, chiunque, anche sapendo di non essere erede, poteva occupare la eredità, e usucapirla dopo un possesso di un anno, *usucapio pro herede*, onde fu detta *improba usucapio*.

Gai, *Inst.*, II, 55 - Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent a quo suum consequerentur.

**9.** Allo scopo di conservare la integrità del patrimonio ereditario nell'intervallo tra la morte del defunto e l'adizione della eredità, e perchè non vi sia giuridicamente un intervallo di tempo senza che esso patrimonio sia rappresentato, si è dalla legge attribuito la personalità al complesso del patrimonio medesimo, con una finzione che la personalità del defunto abbia rivestito i suoi beni. Quindi la *hereditas* rappresenta e sostiene la personalità del defunto.

L. 22, *de fideiussor.* (46, 1) - Mortuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas, personæ vice fungitur, sicut municipium, et decuria et societas (2).

§ 2, Inst. *de hered. inst.* (2, 14) - ... nondum enim adita hereditas, personæ vice sustinet, non heredis futuri, sed defuncti (3).

In questi ultimi tempi la personalità giuridica della *hereditas iacens* è stata negata dal Savigny (4), il quale dà questo concetto della eredità giacente: Essa non sarebbe stata dai Romani considerata come una personalità giuridica, e se in qualche frammento (L. 22 *de fideiuss.*) è stata equiparata alle corporazioni, ciò non avrebbe altro significato, che tanto per queste che per quella vi è una finzione, che riguarda il patrimonio nel suo complesso, ed avrebbe lo scopo di facilitare certi acquisti per mezzo del servo ereditario. Alcuni testi accennano a rapporti giuridici in cui non è rammentato lo schiavo ereditario, ma ciò sarebbe una maggiore applicazione della finzione stabilita per tutt'altro scopo. Come pure, se altri testi riguardano la *hereditas iacens* come personalità in un significato generale, ciò sarebbe solo apparente, essendo in altri testi la voluta personalità giuridica ridotta quasi al nulla. E così si dice: *in plerisque*, *in multis partibus*, *in quibusdam*, la eredità giacente è ritenuta come una personalità.

Questa dottrina del Savigny nella generalità dei moderni interpreti non ha avuto seguito, e con ragione. Che la espressione generale della L. 22 *de fideiuss.*, la quale equipara la eredità giacente alle corporazioni non possa avere il significato di riconoscere in essa la medesima estenzione di attività giuridica come nelle altre personalità fittizie, non è stato disconosciuto da nessuno; ma da ciò non segue che, sol perchè la idoneità di diritto attribuita alla eredità giacente è molto più limitata, debba mancare tale personalità. La persona morale è un ente fittizio, è una creazione della legge, e quindi lo scopo per cui essa persona è stata creata determina la misura della sua attività. Dall'altra parte lo stesso Savigny riconosce nella eredità giacente una finzione per cui i beni del defunto sono ritenuti come un patrimonio di uno sconosciuto, a cui bisogna rapportare ogni modificazione che avviene in questo tempo intermedio. Ma si è osservato, che non è entrato mai nella mente dei giureconsulti romani l'idea di un patrimonio senza un rappresentante in una determinata persona o fisica o morale, ma che poi tutto quello che riguarda tale patrimonio sia riferito ad una persona sconosciuta è addirittura inconcepibile. Mentre, intanto è ammessibile la esistenza di un patrimonio, in quanto vi è un subbietto vero e determinato, cui si attribuisce e che lo rappresenta. Se un tale subbietto non esiste in una persona fisica, la legge lo finge nello scopo dei beni, e questa finzione è appunto la personalità fittizia, o giuridica, o civile che dir si voglia.

Non discutiamo sulla esattezza dell'unico scopo riconosciuto da Savigny, cioè che tale finzione sia stata introdotta unicamente per facilitare alcuni acquisti civili per mezzo del servo ereditario; ma, anche ammettendo che tale necessità abbia dato occasione di stabilire la finzione di una personalità nei beni del defunto, pure, indipendentemente dalla considerazione che ciò varrebbe a limitare di molto la idoneità di tale persona fittizia, e non a negare la personalità medesima, si ha di positivo che la conseguenza di tale finzione fu estesa al di là di questa molto angusta sfera, come dimostreremo in seguito e come risulta pure dalle fonti (5).

Le espressioni poi in *plerisque*, in *quibusdam*, in *multis partibus iuris* ci possono indicare una attività più limitata della personalità riconosciuta alla eredità giacente, ma da esse non si può dedurre la mancanza di personalità (6).

Anche più recentemente Köppen ha negato la per-

(1) L. 1, pr. *de divis. rer.* (1, 8); L. 64, *de hered. inst.* (23, 5); L. 13, § 5, *de vi* (43. 24); L. 6, *expil. hered.* (47, 19).

(2) Ved. anc. L. 31, § 1, *de hered. inst.* (28, 5); L. 116, § 3, *de legat.* (30); L. 34, *de acquir. rer. dom.* (41, 1); L. 15, pr. *de interr. in iur.* (11, 1); L. 13, § 2, *ad L. Aquil.*, 9, 2.

(3) Syst. II, § 102.

(4) Pr. *Inst. de stipul. servor.* (3, 17); L. 61, pr. *de acquir. rer. dom.* (41, 1); L. 15, pr. *de usurp. et usucap.* (41, 3).

(5), L. 33, § 2, *de adq. rer. dom.* (41, 1); L. 16, *de obl. et act.* (44, 7); L. 29, *de capt.* (49, 15); L. 15, *de usurp. et usuc.* (41, 3); L. 1, § 6, *de iniur.* (47, 10); L. 21, § 1; L. 3, pr., § 6, *de neg gest.* (3, 5); L. 77, *de verb. obl.* (45, 1); L. 24, *de nov.* (46, 1); L. 13, § 1, *quod vi* (43, 24).

(6) Ved. Arndts, *Civil. Schriften*, II, pag. 3, ss. Mühlenbruch, *in Glück*, XLIII, pag. 41, not. 52. Maynr, *Cours de droit romain*, III § 411, pag. 505, not. 5. Sintenis, *Pract. Civilrecht*, III, § 159, not. 16, I, § 15, not. 10. Ved. anc. Vering, *Heidelberger gahrbücher*, 1877, n. 14. Tewes, *Herbrecht*, § 2.

sonalità, come in ogni altro caso di persona giuridica, ed opina che il patrimonio del defunto nel tempo intermedio non operi affatto, ma subisce quell'accrescimento che avviene ad ogni patrimonio immediatamente senza il concorso della volontà del subbietto. La eredità giacente sarebbe quindi un patrimonio senza soggetto. La dottrina opposta dal Köppen non è stata seguita da altri, perchè poggia sopra un assurdo, che si possa dare cioè un patrimonio senza soggetto, ed oltre a ciò non risponde alle disposizioni positive delle fonti (1).

Köppen, a cui si può aggiungere Brinz (2), ha creduto di sostituire all'organismo della persona giuridica, che crede un'artificiosa creazione antigiuridica, il patrimonio; mentre, a ragione, l'Unger dimostra che non è più facile, nè più giuridico il considerare il patrimonio senza soggetto un complesso di rapporti giuridici (3).

Nella L. 24, *de nov.* (46, 2), è detto invece: *hic enim morte promissoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.* Questo testo sembra in aperta contraddizione con gli altri citati, ed il Savigny perciò preferisce la dizione della Vulgata, *transit ad heredem illius, cuius personam interim hereditas sustinet.* In vero non v'è bisogno di ricorrere ad una emendazione per avere un soddisfacente risultato. La eredità giacente, come persona giuridica, per lo scopo per cui fu creata, ha una natura propria, è intermediaria tra il defunto e l'erede; non ha una natura indipendente come qualunque altra personalità giuridica, nè si dice rappresentare la personalità del defunto in guisa ch'essa possa operare nel diritto privato come lo poteva il defunto medesimo, ma perchè si serbi la integrità dei rapporti giuridici per essere rimessi all'erede, ch'è esistente, sebbene incerto. Ond'è che, se da un lato la eredità medesima si riferisce alla persona del defunto, cui generalmente si deve riferire, essendo la sua personalità certa, dall'altro lato riguarda la persona dell'erede, che necessariamente si attende. Ed ecco perchè Pomponio dice che con la morte del promittente non si estingue la stipulazione, ma passava all'erede futuro per l'intermediario della eredità.

L. 1, § 6, *de iniur.* (47, 16) - Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit iniuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est, heredi quodammodo factam, semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare; quoties autem ante aditam hereditatem, magis hereditati; et sic heredi per hereditatem acquiri. Denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, acquiri hereditati actiones dubium non esse. Idemque putat, et si ante aditam hereditatem servo hereditario iniuria facta fuerit, nam per hereditatem actio heredi acquiretur.

L. 15, pr. *ad leg. Aquil.* (9, 2) - ... Apud heredem remanet aquiliæ actio per hereditatem acquisita (4).

**10.** Dallo scopo si determina la natura provvisoria della eredità giacente. Essa non può avere una esistenza determinata e definitiva come ogni altra persona giuridica; la sua esistenza è temporanea finchè l'erede non adisca la eredità, la quale avvenuta, retroagisce alla morte del defunto, e la eredità giacente sparisce come se mai avesse avuto luogo. Onde ha effetto il principio della continuità della personalità del defunto nella persona dell'erede senza intervallo.

L. 54, *de adquir. her.* (29, 2) - Heres quandoque hereditatem adeundo, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

L. 138, pr. *de reg. iur.* (50, 17) - Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur (5).

Donde nasce che fin dal tempo della morte la personalità del defunto riveste quella dell'erede, e in tutti i rapporti; anche quelli stabiliti nel tempo della eredità giacente appartengano all'erede, come fossero da lui stesso acquistati, essendo la sua la medesima personalità del defunto.

L. 22, *de usurp. et usuc.* (41, 3) - Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personæ tamen vice funguntur.

L. 59, *de reg. iur.* (50, 17) - Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus constat.

Da ciò consegue ancora la idoneità molto limitata dalla eredità giacente in confronto alle altre personalità giuridiche.

**11.** Poichè la eredità giacente ha il principale scopo della integrità del patrimonio del defunto, e si considera la continuatrice della personalità di lui, è considerata come subbietto e rappresentante di esso patrimonio, quindi essa è il subbietto attivo di tutti i diritti, ed è il subbietto passivo di tutti gli obblighi inerenti alla eredità.

1° Ad essa è riconosciuto dunque il diritto di proprietà sulle cose ereditarie: *Ne illud quidem obstare, Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit; nam et sepulcri nemo dominus fuit; et tamen si quid in eo fiat, experiri possum quod vi aut clam. Accedit his, quod hereditas dominae locum obtinet* (6).

Conseguentemente ogni accrescimento a questo patrimonio pel fatto indipendente dalla volontà del subbietto, come frutti, accessioni, ecc., sono acquistati dalla eredità, e all'incontro essa ne soffre la diminuzione del patrimonio per perdite delle cose ereditarie.

L. 20, § 3, *de hered. pet.* (5, 3) - Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si quae postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem, nam et hereditas et augmentum recipit et deminutionem (7).

2° La eredità giacente acquista le azioni *ex delicto*, sia per i danni apportati alle cose, come *l'actio legis Aquiliae*, sia per ingiurie.

L. 13, § 2, *ad L. Aquil.* (9, 2) - Si servus hereditarius occidatur, quæritur quis aquiliae agat, quum dominus nullus sit huius servi; et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse, dominus ergo hereditas habebitur, quare adita ereditate heres poterit experiri (8).

Non potendosi riconoscere un possesso per la eredità, non è data l'azione di furto per le cose sottratte alla eredità stessa; invece per questa azione criminosa, si ha il delitto *expilatae hereditatis*, e quindi l'azione corrispondente, meno che la cosa ereditaria non si trovasse in mano di un terzo, come fittuari, comodatari, depositari ecc., perchè allora si può avere *l'actio furti.*

L. 2, § 1, *expil. hered.* (47, 19) - Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo caso furti agi

(1) Ved. anc. Princ. *Inst. de stipul. serv.* (3, 17); L. 33, § 2, L. 34, *de acquir. rer. domin.* (41, 1).

(2) Ved. Schnitzler, *de her. iac. nat.*, pag. 40, II.

(3) Pand., § 155.

(4) Ved. Mühlenbruch, *loc. cit.* Arndts, loco citato.

(5) Ved. anc. L. 193, 194, *de reg. iur.* (50, 17).

(6) L. 13, § 5, *Quod vi aut clam* (43, 24); vedi anc. L. 15, *de inter. in iur.* (11, 1); L. 31, § 1, *de her. inst.* (28, 5); L. 61 *de acquir. rer. dom.* (41, 1).

(7) Ved. anc. L. 25, § 20; L. 26, 40, § 1, *eod.*

(8) Ved. anc. L. 15, *eod.* Per l'azione d'ingiuria, vedi la riportata L. 1, § 6, *de injur.* (47, 10).

non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam res ab erede possessae sunt; nam in hunc casum furti actionem non competere palam est, quamvis ad exhibendum agi posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.

L. 68, *de furt.* (47, 2) - Hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus, aut commodaverat. L. 69 *eod.*, aut in qua usufructus alienus est.

3° La eredità giacente acquista diritti per mezzo di una gestione di affari ereditari e ne assume eventualmente gli obblighi. Così, se qualcuno abbia gestito un affare ereditario, contro di lui la eredità acquista *l'actio negotiorum gestorum directa*, e può essere convenuta dal gestore con *l'actio negotiorum gestorum contraria*.

L. 21, § 1, *de neg. gest.* (3, 5) - Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat, ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.

Epperciò può essere dato anche un fideiussore, *fideiussorem accipi potest* (1).

4° L'eredità può acquistare per usucapione, se cominciato a possedere il defunto, il tempo della usucapione si compie durante la eredità giacente.

L. 40, *de usurp. et usuc.* (41, 3) - Coeptam usucapionem a defuncto, posse et ante aditam hereditatem impleri, constitum est.

Come pure, se il tempo per l'usucapione non si è compiuto durante la eredità, ma dopo l'adizione della medesima, il possesso di quel tempo intermedio (*vacuum tempus*) vale come continuazione di possesso, *quia possessio defuncti, quasi iuncta descendit ad heredem* (2).

Come per l'acquisto, così per la perdita, quando una prescrizione estintiva è incominciata durante la vita del defunto, si compie durante la eredità giacente (3).

5° Molto più importante è la idoneità della eredità giacente per gli acquisti che può fare per mezzo del servo ereditario.

*a)* Può acquistare diritti di obbligazioni per contratti fatti dallo schiavo ereditario.

Princ. *Inst. de stipul. serv.* (3, 17) - Servus ex persona domini ius stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet; ideoque, quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur (4).

Il servo può stipulare sia per la eredità, sia per l'erede futuro.

L. 35, *De stipul. serv.* (45, 3) - Servus hereditarius et heredi futuro, et hereditati recte stipulatur (5).

In entrambi i casi la stipulazione aveva la sua efficacia, quando la eredità fosse stata adita come se fosse stata fatta sotto questa condizione.

L. 73, § 1, *de verb oblig.* (45, 1) - Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat.

*b)* Per mezzo del servo può essere acquistata alla eredità giacente con altra eredità o con legato, nonostante che la *hereditas iacens* non può essere istituita erede, nè può ricevere per legato; ciò però quando il defunto, la cui personalità è rappresentata dalla eredità giacente, avesse avuto la *testamenti factio passiva* (6). Se non che, come il servo deve entrare nelle eredità *iussu domini*, la eredità acquistata dal servo non può essere acquistata se non è adita quella cui il servo appartiene.

L. 61, *de acquir. rer. dom.* (41, 1) - Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. In his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur nihil haereditati quaeri per servum potest; ac propterea, quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres expectandus est.

*c)* Egualmente vale questa regola per l'acquisto dei legati, quando è richiesta l'attività di una persona fisica, come nel caso di un legato di usufrutto (7).

*d)* Finalmente per mezzo dello schiavo ereditario, in generale non può essere acquistato il possesso, stantechè per acquistarsi ha bisogno della intelligenza del proprietario. Il servo potrà darci solo l'elemento materiale, il *corpus*, ma non *l'animus*. Il possesso può essere acquistato da un rappresentante, anche servo, ma vi ha bisogno *dell'animus* del proprietario, quello che appunto manca nella *hereditas iacens*: *acquiritur possessio animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno* (8).

L'acquisto del possesso per mezzo del servo, anche non *sciente domino*, fu riconosciuto solo nel caso che il servo avesse un peculio; fu introdotta questa eccezione *ad utilitatis causam*, e quindi in questa sola ipotesi si può acquistare il possesso dalla eredità giacente (9).

La eredità giacente non ha alcuna idoneità giuridica in tutti quei rapporti in cui, come dicono le fonti, *persona quaeritur*, cioè in cui è necessario un atto di una persona. Epperciò essa non può essere istituita erede, nè ricordata in un legato. Non può acquistare un usufrutto, neppure per mezzo del servo.

L. 26, *de stip. serv.* (45 3). - Usufructus sine persona esse non potest, et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur (10).

**12.** Secondo le circostanze può essere dal Pretore nominato un curatore dell'eredità giacente, quando, sia per la conservazione delle cose facenti parte delle eredità, sia per i diritti dei terzi è necessario un amministratore.

L. 23, § 3, *de her. inst.* (28, 5). - Sed si sub conditione quis

(1) L. 22, *de fidejuss.* (46, 1).

(2) L. 30, pr. *ex quib. caus. maior* (4, 6); L. 31, § 5, *de usuc. et usurpat.* (41, 3); L. 13, § 4, *de acquir. vel amit. poss.* (41, 2).

(3) Mühlenbruch *in Glück*, 5, XLIII, pag. 73.

(4) L. 1, § 29, *dep.* (16, 3); L. 16, *de oblig. et act.* (44, 7).

(5) Questo punto era certo controverso presso i giureconsulti romani. Procolo opinava che il servo non potesse stipulare per il futuro erede, perchè al tempo della stipulazione è un estraneo; Cassio al contrario, sulla considerazione che l'adizione della eredità ha effetto retroattivo fin dalla morte del defunto, conchiude *manifestum est servi stipulationem ei acquiri* (L. 28, § 4, *de stipul. servi* (45, 3). Pure offre qualche difficoltà un testo di Paolo (L. 16, *eod.*), in cui dice *servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit;* difficoltà che si toglie stabilendo, che non può stipulare che per l'erede futuro in generale, e non per una determinata persona, erede futuro, perchè, finchè non avviene l'adizione dell'eredità, Tizio, sebbene fin dal principio era designato presuntivo erede, può non addivenirlo; mentre, quando il servo ha stipulato in generale, uno, chiunque fosse, anche il fisco, dovrà essere l'erede (Mühlenbruch, 1, p. 50, ed autori ivi citati alla nota 91).

(6) § 2, *Inst. de heredis inst.* (2, 14); L. 31, L. 52, *de hered. inst.* (28, 5).

(7) L. 1, § 2, *quando dies ususf.* (7, 3); L. 16, § 1, 2, *quando dies leg.* (36, 2).

(8) *Paul. rec. sent.*, v. 2, § 1.

(9) L. 44, § 1, *de acqu. vel amit. poss.* (40, 2). Vedi Sintenis, *Arch. für. Civ. Praxis*, XVIII, 1. Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 66, ss.

(10) Vedi anc. L. 11, § 1, *de acquir. rer. dominio* (41, 1).

**heres institutus sit, et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et maxime si publicum debitum imminet, per procuratorem solvendum aes alienum: sicuti cum venter in possessione sit, aut pupillus heres tutorem non habeat (1).**

## § 3. — *Della delazione e dell'acquisto della eredità.*

FONTI.

Tit. Inst. *de hered. qual. et diff.* (2, 19); D. *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2); C. *de iure deliberandi et de acquir. hered.* (6, 30).

13. Carattere giuridico della *delatio*. — 14. Forme della *delatio;* eccezioni alla regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest;* Questioni su questa massima; Opinioni diverse. — 15. Delazione contrattuale, vietata dal diritto romano; eccezioni; Novelle di Leone; in qual modo può esser valido un contratto ereditario. — 16. *Aditio hereditatis;* conseguenza all'*aditio*. — 17. Momenti in cui si avverano la *delatio* e l'*aditio hereditatis*.

**13.** L'entrare della eredità per parte dell'erede dipende da due punti, la delazione (*delatio hereditatis*) e l'acquisto della eredità (*aditio hereditatis*).

La *delatio* costituisce l'apertura della successione e determina la chiamata, stabilisce il diritto dell'erede ad acquistare la eredità.

L. 151, *de reg. iur.* (50, 16) - Delata est hereditas, quam quis possit adeundo consequi.

Questo diritto, e non una semplice speranza, è eminentemente personale, e quindi non trasmissibile agli eredi, salvo poche e determinate eccezioni: *hereditas delata et non acquisita non transit ad heredem.*

**14.** La *hereditas* una volta delata costituisce per l'erede un vero diritto *ad rem*, in quanto la eredità è per lui aperta, e può, quando il crede, acquistarla. Perchè vi sia una efficace *delatio*, vi ha bisogno di determinati requisiti riflettenti la persona del defunto, quella dell'erede, e l'atto testamentario, se la delazione avviene per testamento, ma di ciò parleremo in seguito sotto il capitolo dell'acquisto dell'eredità.

La delazione può avvenire per testamento: *delatio testamentaria*, cioè per mezzo di un atto di ultima volontà, in cui viene chiamata una determinata persona, *heres testamentarius, heres institutus* o *ex testamento*, ad assumere la eredità.

Può avvenire per legge, quando in mancanza dell'atto di ultima volontà la legge, sul fondamento dei rapporti di famiglia, designa le persone alle quali sarà deferita la eredità, chiamate perciò *heredes ab intestato, legittimi.* Questi due modi di delazione sono esclusivi, uno, il secondo, entra in mancanza dell'altro; non vi può essere *hereditas legitima* o *ab intestato*, se vi è un testamento, anche quando per questo il testatore non abbia disposto di tutto il suo patrimonio.

L. 39, *de acquir. her.* (29, 2) - Quandiu potest ex testamento adiri hereditatem, ab intestato non defertur.

Non vi sono che poche eccezioni a questa regola, che saranno notate a suo luogo; ma in ogni modo è per diritto romano impossibile che il patrimonio del defunto si possa trasmettere parte per testamento e parte per legge, onde la massima *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (2). Quindi se il testatore istituisce un erede in parte, e non dispone dell'altra parte del suo patrimonio, l'erede iscritto *ipso iure* eredita anche la parte non disposta. Egualmente, se tra gli eredi iscritti qualcuno venisse a mancare prima dell'acquisto, la sua porzione vien di diritto aggiunta agli altri eredi superstiti (diritto di accrescimento) ad esclusione completa degli eredi *ab intestato.*

§ 5, *Inst. de her. inst.* (2, 14) - ....et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit; neque enim, idem ex parte testatus ex parte intestatus decedere potest, nisi si miles, cuius sola voluntas in testando spectatur (3).

Sul fondamento giuridico della massima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* si è molto questionato da antichi e da recenti interpreti. Pomponio, nella L. 7, *de reg. iur.*, assegna a questa regola un fondamento di diritto positivo romano conforme alla natura delle cose: *Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus;* mentre in un altro testo Papiniano non trova contrario alla natura delle cose che si succeda parte per testamento e parte per legge. *Nec absurdum videtur, pro parte intestum videri* (4).

Dietro questa oscillazione nelle stesse fonti si formò una opinione nella scuola che una tale massima non avesse nulla di veramente sostanziale, che dovesse ripugnare alla logica giuridica, e quindi vollero riconoscerne il fondamento in qualche specialità estrinseca del diritto romano. Così si pensò che il testamento nello spirito del diritto romano antico fosse una legge che derogava ad un'altra generale, la successione per legge; e perchè non si concepiscono due leggi sul medesimo obbietto, Pomponio trova impossibile la concorrenza delle due forme di *delazione* (5).

A questa opinione si è con ragione osservato, non provar nulla un simile ragionamento; perchè, come è possibile che una legge speciale deroghi ad una parte della legge generale, così non sarebbe assurdo che il testamento disponga solo in parte e deroghi così in parte alla legge generale della successione legittima. Si è ricorso da altri, non con migliore fortuna, alla presunzione che con la disposizione testamentaria il testatore abbia voluto disporre di tutto il suo patrimonio (6), sicchè, secondo questo modo di vedere, se fosse chiara, la volontà del testatore, si potrebbe avere il caso di una concorrenza delle due forme di delazione, il che non è possibile. Certo, non si può disconoscere che, se il testatore abbia disposto con testamento di una parte del patrimonio, ed abbia espressamente dichiarato che il resto del patrimonio sia dato agli eredi *ab intestato*, la volontà del testatore dev'essere rispettata, ma non per la concorrenza delle due delazioni, ma perchè una simile disposizione si può bene ritenere come un tacito fedecommesso. Nè merita migliore considerazione l'altra opinione accolta ultimamente anche del Tewes, che cioè, come nelle leggi delle XII Tavole è stabilito che, quando uno muore intestato, la eredità in mancanza di un *suus heres* dev'essere deferita al più prossimo agnato, la

(1) Vedi anc. L. 3, *de cur. fur. et al. ext. min.* (27, 10).

(2) Vedi anc. § 7, *Inst. eod.;* L. 91, *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2); L. 13, *de hered. inst.* (28, 5).

(3) Ved. Cicerone, *De invent.*, II, V - *nec numquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.*

(4) L. 15, *in fin. de inoff. test.* (5, 2).

(5) V. Binkershoek, *Observ. cir. rom.*, lib. II, cap. 2. Hanboldi, *De causis cur idem test. et intest. decedere possit*, Lips. 1788. Huschke, *Siol. Mus. renano (reinischa Museum)*, VI, n. 3.

(6) Leyser, *Medit. ad Pand.* Specim. 361.

giurisprudenza romana si sarebbe tenuta a questo *strictum ius*, cioè nella opposizione tra il *si testatus moritur* e il *si intestatus moritur*, avrebbe riconosciuto che *tertium non datur;* di guisa che, se uno ha disposto per testamento anche di una parte del suo patrimonio, *testatus moritur*, e quindi a rigore è esclusa la eredità legittima. Questa regola, che al dire di Duareno, *subtilitate magis nitatur, quam aequitate* (1) è stata sempre mantenuta nella giurisprudenza romana per rigorosa e letterale interpretazione della Legge delle XII Tavole (2).

L'osservazione fatta a questa opinione è rettissima, cioè che, se una simile regola poggiasse sopra una accidentalità, sopra una sottigliezza e non avesse qualche fondamento intrinseco, difficilmente un giureconsulto romano l'avrebbe trovata insita nella natura delle cose, mentre una interpretazione puramente letterale è estranea ai giureconsulti romani (3).

La oscillazione dei criteri per trovare un fondamento giuridico alla massima di cui ci occupiamo si spiega dal fatto che si è considerato il patrimonio di una persona come un complesso di beni divisibili, in guisa che l'uomo disponga per il tempo della sua morte di tali beni. Quindi dovette a quegl'interpreti sembrare anzi più conforme alla natura delle cose il poter disporre di una parte di questo patrimonio, e pensarono che, se nel diritto romano avveniva il contrario, ciò si deve secondo essi, ad una accidentalità, o al culto dei Romani per le forme esterne del diritto, ovvero ad una interpretazione parimente dogmatica e letterale di certe disposizioni. Al contrario, in sè considerata la cosa, non vi sarebbe ripugnanza che uno possa disporre di una parte del patrimonio, e l'altra essere devoluta agli eredi *ab intestato*, e quindi tutti gli eredi testamentari ed intestati possono rappresentare il defunto nella medesima guisa come lo rappresentano molti eredi testamentari. Di qui la ripugnanza delle legislazioni moderne ad accettare la nostra massima.

**15.** Vero è che chi prende disposizioni per regolare la sua successione dopo morte non dispone dei suoi beni o parte di essi, alla stessa guisa come disporrebbe con atti tra vivi, ma dispone di un complesso di cose, di diritti e di obblighi che forma una unità giuridica dai Romani concepita nella parola *familia*. La quale parola comprende nella sua unità la capacità patrimoniale della persona, ed è così indivisibile, come la persona medesima. Ora quando con testamento si è disposto della *familia*, è veramente contrario alla natura della cosa la concorrenza della successione intestata. È per la medesima ragione che un secondo testamento rivoca necessariamente il primo (4).

Oltre questi modi di succedere non vi sono altri.

In diritto romano non vi può essere delazione di eredità in virtù di un contratto interceduto tra l'erede ed il defunto mentre era in vita, e per mezzo del quale uno si obbligherebbe in modo irrevocabile a istituire un altro erede, *pactum hereditarium acquisitivum*. Simili contratti furono dichiarati *contra bonos mores*, epperciò nulli, perchè non era lecito di legarsi irrevocabilmente per una persona che dovesse dopo morta rappresentare la sua personalità, la libertà deve essere riserbata al testatore fino all'epoca della sua morte. Un obbligo di tal natura sarebbe una rinunzia alla propria libertà di testare che il diritto romano vuole assoluta fino all'ultimo momento della vita.

L. 4, C. *de inut. stip.* (8, 39) - Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, quum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint.

L. 61, *de verb. oblig.* (45, 1) - Stipulatio hoc modo concepta *si heredem me non feceris, tantum dare spondes*, inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio (5).

Solo nei testamenti militari poteva esserci una istituzione fatta in esecuzione di un patto ereditario (6); come ancora con una Novella l'imperatore Leone stabilì essere valido il contratto per mezzo del quale il padre assicurasse al figlio una porzione ereditaria eguale ai suoi germani (7).

È egualmente nullo quel contratto per mezzo del quale si rinunzia ad una futura successione, e ciò per una ragione dippiù, non essendo possibile la eredità di un vivente; la rinuncia fatta prima che una eredità fosse delata manca di obbietto.

L. 16, *de suis et leg. hered.* (38, 16) - Pater instrumento dotali comprehendit filiam, ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret, eam scripturam ius successionis non mutasse constitit, privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri (8).

Se poi il contratto riguarda la eredità di un terzo, e la persona è indeterminata, in questo caso, non offendendosi la libertà del testatore, il contratto sarà valido come qualunque altro contratto aleatorio. Se in una società si è stabilito che ciò che un socio acquisterà per eredità o per legato sarà conferito nel patrimonio sociale, il contratto sarà valido, anzi un tale patto è insito in una *societas omnium bonorum*.

L. 3, § 1, 2, *pro socio* (17, 2) - Quum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est, aut quaque ratione acquisita, communioni acquiritur. § 2. De illo quaeritur, si ita societas ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere (9).

Se la persona del terzo è invece determinata, il contratto è nullo, perchè si contrae sulla eredità di un vivente e vi è il timore che si offenda la libertà dell'individuo, ciò che è considerato *contra bonos mores;* il contraente che promette in tutto, o in parte il patrimonio di un vivente addiviene indegno, e quindi, in caso che veramente succede, gli vien tolta la eredità.

L. 29, § 2, L. 30, *de donat.* (39, 5) - Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat, verum ei, qui donavit, ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit. L. 30, nam ei ut indigno aufertur hereditas (10).

(1) Duareno, *De iure accens.*, lib. I, cap. 2, *op. omn.* Lucca 1778, tom. I, pag. 94, 95.

(2) Thibaut, *Civil. Abhandlungen*, lib. 1, cap. 2. Maynr, *Cours de Droit Rom.*, III, § 259, pag. 204.

(3) Mühlenbruch *in Glück*, XL, pag. 148.

(4) Huschke, *Rheinis. Museum*, VII, 11, 8, pag. 274, 55. Mühlenbruch *in Glück*, XL, pag. 149, XXXVIII, pag. 337.

(5) Ved anc. L. 29, § 2, *de donat.* (39, 5); L. 16, *de suis et leg. her.* (38, 16); L. 15, C. *de pactis* (2, 3); L. 5, C. *de pactis convent* (5, 14).

(6) L. 19, C. *de pact.* (2, 3).

(7) Nov. Leon. 12.

(8) Vedi anc. L. 35, § 1, *C. de inof. test.* (3, 28); L. 3, C. *de collat.* (6, 19).

(9) Vedi anc. L. 73, pr. *eod.;* L. 11, *de hered. vel act. vend.* (18, 4).

(10) Vedi anc. L. 2, § 3, *de his quae ut ind.* (34, 9); L. 2, § 2, *de vulg. subst.* (28, 6); L. 27, § 4 ad SC. Trebell. (36, 1).

Una costituzione di Giustiniano precisò in qual modo si potesse contrarre sulla eredità di una terza persona determinata. Se questa, ignorando il contratto, o conoscendolo, non vi annuisce, vi ha il caso d'indegnità testè notato; se vi annuisce, allora il contratto potrà considerarsi valido sotto la imprescindibile condizione che colui sulla eredità di cui si pattuisce, vi persevera fino alla morte, in modo ch'è a lui serbata la piena libertà di disporre.

L. ult. C. *de pact.* (2, 3) - De quaestione tali a Cæsariensi advocatione interrogati sumus: duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae, pacta inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate observari, vel, si forte ad quosdam ex his hereditati, commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhunc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit, et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi, qui pactionem fecerunt. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidem paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi *ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit.* Tunc etenim, sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare; quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non esse incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim, neque donationes talium rerum, neque hypothecas, penitus esse admittendas, neque alium quemquam contractum, quum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patitur.

**16.** *L'aditio hereditatis* è il momento in cui la eredità delata è acquistata, in cui uno assume la qualità di erede. La possibilità di ereditare fondata dalla delazione si concreta nell'*aditio*, e quindi si ha dopo di essa un *ius in re.*

*L'aditio* generalmente è prodotta da una dichiarazione espressa o tacita dell'erede.

Una volta acquistata la eredità, si assume indelebilmente il carattere di erede, onde la massima *semel heres, semper heres.* È conseguenza di questa massima che la condizione risolutiva o un *dies ad quem* non può essere apposto ad una istituzione di erede.

**17.** La *delatio* e *l'aditio hereditatis* cadono ordinariamente in due momenti diversi; *l'aditio* suppone necessariamente avvenuta la *delatio.* La prima ha per lo più un punto fisso ch'è la morte del defunto, eccetto in pochi casi, così, p. e., per chi è istituito sotto condizione, la *delatio* avviene all'avverarsi della condizione; quando uno muore con testamento e gli eredi istituiti rinunziano alla eredità, si dà luogo alla *delatio legittima*, la quale è devoluta agli eredi *ab intestato* dal momento della rinuncia degli eredi testamentari. Per gli eredi necessari la *delatio* e *l'aditio hereditatis* cadono nel medesimo momento, cioè alla morte del testatore.

### § 4. — *Capacità per la successione.*

18. La *delatio* e l'*aditio* suppongono una persona capace ad acquistare. — 19. Persone alle quali manca la capacità; incapacità assoluta; incapacità relativa. — 20. Tempo in cui deve trovarsi la capacità.

**18.** La *delatio* e l'*aditio* suppongono alla lor volta una capacità da parte del defunto di lasciare una eredità, e quella nell'erede di essere chiamato a succedere. Ogni persona in generale capace di patrimonio è nello stesso tempo capace di essere ereditato; non monta, come si è notato innanzi, che egli non abbia un patrimonio attivo.

**19.** I. Manca questa capacità:

1° Allo schiavo;

L. 4, C. *comm. de success.* (6, 59) - Servus successores habere non potest.

2° A chi soffre la *capitis deminutio maxima.*

Questa incapacità fu modificata da Giustiniano, il quale dispose che per tutti i condannati a pene criminali si potesse succedere tra ascendenti e discendenti (1).

3° Il peregrino non può lasciare eredità secondo il diritto romano, ovvero chi soffre la *capitis diminutio media.*

L. 1, § 3, *de leg.* (32) - Hi, quibus aqua et igni nterdictum est, item, deportati fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamentum faciendi ius habent, quum sint ἀπόλιδες (extorres) (2).

4° Nell'antico diritto i figli di famiglia, *l'uxor cum conventione in manum mariti*, non lasciavano eredità appunto perchè, finchè durava la *patria* o la *maritalis potestas*, erano incapaci di patrimonio.

Il figlio di famiglia che avesse un *peculio castrense* o *quasi castrense* poteva, certo, essere ereditato da eredi testamentarii avendo egli su questi due peculii la *testamenti factio activa*, ma morendo senza testamento non poteva essere ereditato, poichè il suo peculio cadeva al padre *iure peculi*, cioè come se fosse un peculio profettizio.

L. 2, *de castr. pecul.* (49, 17) - Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur, si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium (3).

Dall'altra parte dopo la introduzione dell'altro peculio avventizio, regolare od irregolare che fosse, il figlio di famiglia poteva essere ereditato *ab intestato*, ma non da eredi testamentari, non avendo egli la *testamenti factio activa* (4).

Queste disposizioni furono in seguito modificate da Giustiniano con la N. 118.

II. Sono incapaci di essere chiamati alla successione assolutamente:

1° Gli schiavi e i peregrini che lo erano dalla nascita o che lo addivennero per la *capitis diminutio maxima et media.*

L. 3, pr., § 1, *de his, quae pro non script.* (34, 8) - Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relectum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet; nam pœnæ servus est, non Cæsaris, et ita Divus Pius rescripsit. § 1. Sed et si post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metallum damnatus sit ad fiscum non pertinet (5).

---

(1) L. 6, § 6, 15, *de iniust. rupt. test.* (28, 3). Ulp., *fragm.*, XX, § 4, Nov. 134, cap. 13.

(2) L. 8, § 1, *qui test. fac. poss.* (27, 1); confr. L. 7, § 3, *de interd. et releg.* (48, 22).

(3) L. 19, § 3, *eod.* L. 5, C. *de castr. pecul.* (12, 37).

(4) Pr. *Inst. quib. non est perm. fac. testam.* (2, 12); L. 11, C. *qui test. fac. poss.* (6, 22).

(5) L. 6, § 2, *de hered. inst.* (28, 5); L. 13, *de bon. poss* (37, 1); L. 1, C. *de hered. inst.* (6, 24).

2° Gli eretici e gli apostati.

L. 3, C. *de apost.* (1, 7) - Hi qui sanctam fidem perdiderunt, et sanctum baptisma hæretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti, ut ante iam sanximus, non habeant factionem, nulli in hereditatem succedant, a nemine scribantur heredes (1).

Altre persone sono incapaci a succedere relativamente, così la vedova che si marita durante l'anno di lutto; coloro che sono uniti in un matrimonio incestuoso, tanto vicendevolmente, quanto i figliuoli nati dall'incesto (2), ed in generale le persone giuridiche, quando non sieno abilitate da una legge espressa.

**20.** La capacità di succedere bisogna che vi sia al tempo della *delatio*, che, come si disse, si avveri alla morte del testatore, e bisogna che continui fino alla *aditio hereditatis*.

L. 1, § 4, *ad SC. Tertull.* (38, 17) - Filio qui mortis tempore matris civis romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur, nec si postea liber factus sit, nisi forte servus pœnæ effectus beneficio Principis sit restitutus.

Nella eredità *ab intestato* per coloro che siano chiamati alla successione dopo la rinuncia dei primi, la capacità è solo necessaria al momento della rinuncia di questi, cadendo allora la *delatio*. Lo stesso si dica quando, essendo nullo (*ex post*) un testamento, si apre la successione intestata. Nella successione testamentaria la capacità è necessaria anche al momento della redazione del testamento senza riguardo ai punti intermedi, perchè la capacità di succedere fa anche parte della *testamenti factio*.

§ 4, *Inst. de hered. qual. et diff.* (2, 19) - In extraneis heredibus illud observatur, et sit cum iis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et in duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et quum adierit hereditatem, esse debet cum eo testafactio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit; nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio iuris non nocet heredi, quia, ut diximus, tria tempora inspicimus (3).

Finalmente la capacità relativamente alla successione per legato è necessaria al momento del *dies cedit*.

### § 5. — *Della bonorum possessio.*

21. Dualismo tra la *bonorum possessio* e la *hereditas*. — 22. Precedenti storici della *bonorum possessio*. — 23. I. Carattere primitivo della *bonorum possessio*; *bonorum possessio confirmandi iuris civilis gratia*; vantaggi di questa *bonorum possessio*. — 24. Seconda fase della *bonorum possessio* in cui la eredità può essere definitivamente acquistata per mezzo della *bonorum possessio*. — 25. II. La *bonorum possessio* data *supplendi iuris civilis gratia*; classi *unde cognati* ed *unde vir et uxor*; nuovo carattere della *bonor. poss.*; parenti che appartenevano alla classe, *unde cognati*. — 26. III. La *bonorum possessio* data *corrigendi iuris civilis gratia*; casi per cui fu introdotta; carattere di essa; tempo in cui fu introdotta; finzione pretoria rispetto all'emancipato nelle forme di *bon. poss. contra tabulas*; rapporto tra queste due forme di *bonor. poss.* e la *hereditas*. — 27. *Bonorum possessio unde liberi*, essa vale nel suo carattere e nelle sue conseguenze quanto la *bon. poss. contra tabulas*. — 28. IV. Della *bon. poss. secundum tabulas*; quando assume un carattere di acquisto definitivo della eredità.

Fonti e Bibliografia.

Gai, *Inst.*, III, 1, 84; *Iust. Inst.*, III, tit. 1, 5; tit. 9. — Dig. *de bon. poss.* (37, 1); *de success. edicto* (38, 9); *si tab. testam null. exstab.* (38, 6); *TT. C. qui admitti ad bon. poss. poss.* (6, 9); *de success. edict.* (6, 11); *unde lib.* (6, 14); *unde leg. et unde cogn.* (6, 15); *de repudianda bon. poss.* (6, 19); *de legit. her.* (6, 58). — Jacobus de Nigris, *De bonorum possessione tractatus*, Lyon 1533. — Ronghegal, *in Inst. Iust. de bonorum possessionibus interpretat.*, Venet. 1580. — Fachinæus, *De bonorum possessione*, Ingolstad 1589. — Spee, *De bonorum possessione*, Colon 1595. — Ricciardus, *Commentatio in subtiles ac admodum illustres materias de bonorum possessionibus*, Carmagnolæ 1586. — Bocher, *De bonorum possessionibus*, Tubing 1597. — Bachovius, *De bonorum possessionibus, in not. et animadver. ad Treutelerum*, vol. II, disp. XV, pag. 911, Heidelb. 1618. — Strauch, *Succ. ab intest.*, disp. I, *Generalia de bonorum possession.*, 1645. — Schilter, *De hereditate bonorumque possessione persequenda*, Jen. 1698. — Contius, *De hereditatibus et bonorum possessionibus* (in ott., pag. 90), 1725. — Aichinger a Buchenau, *Dissertatio de bonorum possessionibus*, Vien 1742. — Homberg, *De bonorum possessione*, Marburgi 1753. — Pachenstecher, *In sexti Pompon. ad Sabinum de re testam. et de bonorum possessionibus*, Lemgow 1750. — Seyer, *Dissertatio de successorio edicto*, Lips., 1768. — Ulrich, *Dissertatio de bonor. possessionibus*, Erfordiæ 1771. — Koch, *Bonorum possessio, literarisches Testament*, Giessen 1780. — Hugo, *De bonorum possessionibus*, Halae 1788. — Stupp, *De fatis bonorum possessionum sub imperatoribus post iurisconsultos in Pandectas perceptos*, Bonnæ 1793. — Gemelin, *De convenientiis, et differ. inter hereditatem et bon. possessionem*, Göttingæ 1808. — Heite, Das System Fabricius: *Ursprung und Etwickelung der bonorum possessio*, Berlin 1837. — Leist, *Historia bonorum possessionis*, 1841. — Idem, *Die bonorum possessio, ihre gesch. Etwickelung*, Gött. 1844-48. — Aliprandi, *Comment. de bonor. possessione*, Romæ 1869. — Flach, *La bonorum possessio sous les empereurs romains*, Paris 1870. — Heisse, *Das System der bonorum possessione*, Heidelb. 1809. — Loehr, *Einige Bemerkungen aus der Lehre von der bonorum possessio* (*Magaz. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, III, 1820). — Fabricius, *Ursprung und Etwickelung der bonorum possessio*, Berlin 1807. — Husckte, *Recension der Schrift. von Fabricius: krit. Jahrbücher*, V, 1839. — Hingst, *Comm. de bonorum possessione*, Amstelodami 1858. — Jansonius, *De origine bonorum possessionis eiusque vi in adiuvando iure Romanorum heredit.*, Gron. 1859. — Milhat, *Des possessions des biens testamentaires en droit romain*, Paris 1867. — Minutillo, *La bonorum possessio dopo il diritto successorio testato ed intestato delle novelle*, Napoli 1886.

**21.** Il dualismo che s'incontra in ogni istituto di diritto romano si aveva anche nel diritto successorio. Accanto alla *hereditas*, istituto di diritto civile, si trova la *bonorum possessio*, sistema di successione del diritto pretorio, nella medesima guisa, come accanto al *dominium ex iure quiritium* si trova l'altro *in bonis esse*, pretorio.

Il sistema successorio del diritto civile era troppo rigoroso ed angusto per non sentirsi più tardi nella società romana la necessità di estenderlo anche a persone che, secondo la coscienza comune, erano considerate come naturali successori del defunto, e pertanto erano escluse dal diritto civile.

La successione *ab intestato* poggiava esclusivamente sul sistema rigoroso e limitato della *familia*. Erano

(1) L. 5, C. *de haeret. et man.* (1, 5); confr. N. 115, cap. 3, § 14, cap. 4, § 8.

(2) L. 6, C. *de incest. et inut. nupt.* (5, 5).

(3) Vedi anc. L. 6, § 2, L. 49, § 1, L. 50, pr. L. 59, § 4, *de hered. inst.* (28, 5).

gl'immediati eredi i *sui*, quelli ch'erano rimasti sotto la patria potestà fino alla morte del padre; in mancanza di essi gli agnati, anzi il più prossimo, senza che in mancanza di esso la eredità potesse essere deferita al grado posteriore: *in legitimis hereditatibus successio non est* (1), ed in mancanza alla *gens*. Erano esclusi i figli emancipati, gli agnati più remoti, i parenti per solo vincolo di sangue, cognati. Nessuno diritto vi era pel coniuge superstite. La successione testamentaria era circondata da tali formalità, che la volontà del defunto più chiaramente espressa, assicurata dalla testimonianza di un numero non insignificante di testimoni a nulla valeva, se il defunto durante la vita non avesse dichiarata la sua volontà innanzi ai comizi curiati (*testamentum calatis comitiis*), o più tardi non fosse preceduto alla *mancipatio familiæ*.

Il Pretore col suo editto, seguendo anche nel diritto successorio la sua missione di adiuvare, completare e in qualche parte correggere il diritto civile, quando ciò era reclamato dalla coscienza comune, chiamò alla successione chi, pure designato dal legame di sangue o dalla volontà del testatore, non poteva addivenire erede. E ciò perchè egli non apparteneva alla famiglia nello stretto significato quiritario della parola, ovvero perchè il nominato erede non poteva succedere, per essere il testamento redatto non in una forma civile. Certo, il Pretore non aveva il potere di creare un sistema di successione diversa dalla civile; egli era un magistrato chiamato a tutelare i diritti costituiti, epperciò ad applicare le leggi, non a farle, e quindi a questa opera di giustizia universale procedeva in modo indiretto col dare il possesso dei beni, la *bonorum possessio*, a chi non poteva per mezzo della *hereditas* pervenire alla successione. A tal fine estese a questi le regole e gli effetti della *hereditas* col garantire la presa di possesso come se essi fossero eredi.

Pr. *Inst. de bon. poss.* (3, 9) - Ius bonor. possessionis introductum est a prætore emendandi veteris iuris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui, testamento facto, decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessio efficiebatur, videlicet, cum a Praetore adiuvabatur; sed hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus. — § 1. Aliquando enim nec emendandi, neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur honorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem; item ab intestatos suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat, sed et remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas iure civili. Quos autem Praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt; nam prætor heredem facere non potest, per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per Senatusconsulta et constitutiones principales; sed quum iis praetor dat possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios cum plures gradus Praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur, nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit (2).

**22.** Sulla origine dalla *bon. poss.* non v'è nulla di sicuro. Gli scrittori si sono affaticati di ricercarne la origine; e come mancano documenti storici su cui si possa fare valido assegnamento, così si spiega facilmente la molteplicità dei sistemi. Una serie di scrittori moderni pensa che la B. P. non sia stata introdotta per un nuovo sistema successorio distinto dalla successione civile; ma invece fin dal principio era un mezzo come determinare le parti nel giudizio petitorio della *hereditas petitio*, regolandone il possesso, alla stessa guisa come il possesso di una cosa singola con il relativo interdetto fu il modo come regolare le parti nel giudizio della *rei vindicatio*. Secondo essi, la petizione della eredità non è che una *vindicatio hereditatis*, azione reale concessa all'erede che non possiede contro il non erede che possiede *pro herede* o *pro possessore*, quindi la necessità di stabilire le parti tra i due contendenti, cioè chi era il possessore e chi il *petitor*.

Questo atto sarebbe stato incluso nell'*actio legis sacramento* con le attribuzioni della *vindiciæ*, che sarebbe l'originaria *bonorum possessio*. In questa attribuzione il pretore procedeva per presunzione nel senso che dava il possesso dei beni ereditari a quella delle parti che offriva maggiori probabilità di essere il vero erede. Questa probabilità non poteva venire che quando si esibiva un testamento, il quale dalla forma esteriore non desse alcun sospetto, ovvero quando si asserisse con qualche probabilità di essere il chiedente il più prossimo erede *ab intestato* secondo gli ordini di successione delle leggi delle XII tavole. Chi ha ottenuto per questa via la *bon. poss. secundum tabulas* o *unde legittimi*, può essere ritenuto provvisoriamente come erede; non è tale, ma sta, fino al definitivo giudizio della *petitio hereditatis*, *in loco heredis*, e quindi potrà ottenere l'*interdictum quorum bonorum* e le azioni fittizie. Tutto ciò non sarebbe stato di pregiudizio al vero erede, perchè il possessore dovea nella *legis actio* prestare cauzione: *prædes litis et vindiciarum*, e nella procedura per *sponsionem*, la cauzione *stipulatio pro præde litis et vindiciarum*.

Più tardi a poco a poco questo istituto sarebbe riuscito a formare un titolo di successione quando colui il quale avea l'azione non proseguiva il giudizio, sia per la coscienza di non essere il vero erede, sia perchè, anche essendo vero erede, per una qualunque circostanza l'attore non avesse proseguito il giudizio. Così si sarebbe offerta per questo mezzo la occasione di pervenire alla eredità a colui che secondo il diritto civile non era erede, p. es., chi fosse stato in possesso di un testamento segnato da sette segni, senza che fosse intervenuta la *mancipatio*, ed avesse ottenuto il possesso dei beni; questi sarebbe rimasto definitivamente in tale possesso, se l'erede intestato per una circostanza qualunque non avesse proseguito il giudizio petitorio. La *bon. poss.* in questo stadio sarebbe stata introdotta *confermandi iuris civilis gratia*.

In seguito sarebbero state introdotte nuove classi per mezzo di questo istituto, come la *bon. poss. unde cognati et unde vir et uxor*, perchè nelle circostanze un cittadino romano non rimanesse senza eredi, e quindi la *bon. poss.* addiviene per questi eredi l'unico modo di ereditare, epperciò questa *bon. poss.* fu introdotta *supplendi iuris civilis gratia*. Finalmente fu adoperata *corrigendi iuris civilis gratia* con la *bon. poss. unde liberi* e *contra tabulas* (3).

Appartengono a questo stesso sistema, sebbene in qualche modo se ne discostano, Lohr ed Hingst. Il primo

(1) Ulp., *Fragm.*, XXVI, § 5.
(2) Vedi anc. Gai, *Inst.*, III, 25.
(3) Dernburg J., *Baiträge zur Geschichte des röm. testam.*, Bonn, 1821, pag. 191, ss., pag. 214, ss. Franke, *Das Recht des Notherben*, 1831, pag. 97, ss. Fabricius, *Urspr. u. Uebersicht der bon. poss.* Vangerow, *Pand.*, II, § 398.

ritiene anche la *bon. poss.* non sia stata introdotta per costruire un altro sistema successorio opposto a quello stabilito nel diritto civile, ma lo fu allo scopo di conseguire altri scopi giuridici, come quello di dare il possesso dei beni al vero erede, perchè potesse interrompere la troppo breve *usucapio pro herede*. Dopo introdotte le nuove classi con l'approvazione dei giudizi decemvirali la *bon. poss.* sarebbe addivenuto un sistema successorio, sicchè nel primo stadio la *bon. poss.* non avrebbe dato che la *detentio*, nel secondo un *ius hereditarium* (1).

Parimente Hingst ripudia in generale la opinione dei primi, cioè che la *bon. poss.* fosse stata introdotta per regolare il possesso tra le parti di un giudizio petitorio specialmente nelle *vindiciæ* della *petitio hereditatis*, ed assegna la introduzione di questo istituto al tempo in cui la *hereditatis petitio*, come la *rei vindicatio*, erano proposte per *formulam conceptis verbis*. La *bon. poss.* sarebbe stata introdotta anche per il fine di riordinare la lite, per acquistare il possesso della eredità non per caso o a scopo di lucro, ma perchè ci fosse un certo titolo. Ond'è che il possesso dei beni sarebbe dato innanzitutto a colui il quale aveva tutte le probabilità di essere un vero erede (2).

Un altro gruppo di scrittori trova esser stata la *bon. poss.* introdotta per regolare o trasformare l'istituto della *usucapio pro herede*. Savigny crede che lo scopo del Pretore fosse stato quello di dare i vantaggi ereditari a chi dalla eredità era escluso per diritto civile, come gli emancipati ed i cognati, e ciò tanto nel dominio del defunto quanto nelle obbligazioni. Per le quali si sarebbe rimediato con dare loro le azioni fittizie, quanto alle cose era più facile, perchè si possedevano le cose ereditate. Quindi, se una di quelle persone, cognato o emancipato, era già in possesso della eredità, il pretore non aveva bisogno di altro mezzo per favorirlo; se al contrario un altro si era impossessato delle cose ereditarie, allora era necessario un mezzo per acquistare il possesso. Tale mezzo sarebbe l'*interdictum quorum bonorum*, per cui le persone che si volevano beneficare furono messe in grado di conseguire il possesso della eredità, e rendere per sè possibile ed agevole la *usucapio pro herede* (3).

In diverso modo, ma sempre relativamente alla *usucapio pro herede*, Uschke nella recensione della monografia di Fabricius espone questa idea. La *usucapio pro herede* da pia ed onesta qual'era prima, addivenne veramente *improba et lucratica*, quanto che per mezzo di essa si toglieva la eredità a coloro che vi erano degni.

Il pretore avrebbe con la *bon. poss.* evitato tale inconveniente, dando al patrimonio del defunto col possesso un rappresentante di fatto in colui che si mostrava degno di ottenere la *bon. poss.* (4).

Sulla medesima base Pernice ha rintracciata la origine del nostro istituto. In origine per i Romani la eredità non sarebbe stata che il contenuto di cose corporali; non si poteva concepire una eredità contenente rapporti personali, crediti e debiti. Chi riceveva i beni ereditari era nel medesimo tempo rappresentante anche dei rapporti personali. Il primo concetto di una eredità che potesse non contenere altri beni materiali *etiam quae in nominibus sunt etsi nihil corporale est in hereditate* (5) lo si deve a Labeone che ne parla anche in rapporto alla *bon. poss.*

Di qui la trasformazione della *usucapio pro herede*. Di vero da questo tempo era riconosciuto che la eredità non era la somma delle cose corporali, ma che comprendeva anche i *nomina*, epperciò l'usucapione della eredità non poteva più aversi per il possesso delle cose corporali. La *bon. poss.* sarebbe il possesso dei beni e della eredità data dal pretore. Da principio la *bon. poss.* non dava che il possesso dei beni materiali della eredità, ciò che si ricava dalla natura dell'*interd. quorum bonorum*, più tardi quando essa fu data anche a coloro che non erano eredi per diritto civile furono loro concesse le azioni fittizie (6).

A questo sistema appartengono ancora Puchta e qualche altro moderno scrittore (7).

Altri attribuiscono la origine della *bon. poss.* al bisogno di regolare le classi degli eredi civili alla successione. Il Leist parte da questo punto di vista: la mancanza di uno spazio a deliberare, e il rigore del diritto civile di limitare la successione al più prossimo agnato fecero sentire il bisogno, specialmente in interesse dei creditori della eredità, di un mezzo, perchè la eredità avesse *subito* certamente un rappresentante: *ne bona hereditaria vacua sine domino inerent... ne quis sine successore moriatur*. L'antica *cretio* e la *usucapio pro herede* erano insufficienti. Il pretore introdusse questo mezzo, perchè si avesse un periodo a deliberare che fu determinato a cento giorni secondo la *cretio* o ad un anno secondo la *usucapio pro herede*, e più stabilì un passaggio della eredità ai più remoti agnati in mancanza o dopo il ripudio dei più prossimi. A questi successori il pretore non poteva dare la eredità, ma diede il possesso dei beni considerandoli *heredis loco*. Così la *bon. poss.* non sarebbe una riforma del diritto civile, ma avrebbe avuto lo scopo di regolare l'entrata della eredità e le classi degli eredi civili in favore dei creditori della eredità. Più tardi essa si sarebbe estesa a coloro che non erano eredi per diritto civile, e sarebbe addivenuto un sistema di successione pretorio (8).

Finalmente quasi tutti i moderni riconoscono la introduzione delle *bon. poss.* per il bisogno di estendere la eredità ad altre classi (9).

Come si disse tutti questi sistemi sono ipotesi più o meno ingegnose. I testi ed i documenti non ci dicono più che tanto; essi interpretati in un modo o nell'altro si prestano a tutte queste ipotesi. I celebri passi delle Verrine di Cicerone, che pure sono i più antichi documenti, che si hanno sopra questo importante istituto, sono citati da tutti gli scrittori, e formano la base di tutti i sistemi. Certo, i luoghi delle Istituzioni riprodotti nel testo favoriscono l'idea dei moderni scrittori, cioè che la *bon. poss.* sia stata introdotta come necessità di allargare a nuove classi la ristretta antica *hereditas*.

(1) Löhr, *Einige Bemerkungen aus der Lehre der bon. poss.* Mogazin, *f. Philosophie o. Geschicht. des Recht*, III, pag. 403.
(2) Hingst, *Commentatio de bon. poss.*, pag. 110, ss. Vedi anche Rudorff nelle *Istit. di Puchta*, III, § 316, nota KK.
(3) Savigny, *Vermisch. Schrift.*, II, pag. 240.
(4) *Zeitschrit. f. gesch. Rechtswis.*, XIV, 2, pag. 157.
(5) L. 3, § 1, *de bon. poss.* (37, 1).
(6) Vedi L. 3, § 1, cit.
(7) Pernice, *M. Ant. Labeo*, I, pag. 223, ss.
(8) Sintenis, *System des Erbrecht*, pag. 22.
(9) Leist, *Die bon. poss. ihre gesch.*, *Etwick.*, I, cap. I. Allo stesso sistema appartengono: Sintenis (*Pract. Civilr.*, III, § 193), Keller (*Pand.*, § 458), Davys, *Geschich. des röm. Rechts*, II, § 176, pag. 141.

Non sconosciamo che la *bon. poss.* abbia anche portato tutti quei vantaggi in vista dei quali alcuni scrittori credono introdotto il nuovo istituto, al fine d'impedire o *anche regolare* la *usucapio pro herede*, e dare alla eredità un rappresentante per garantire diritti dei creditori ecc., ma tutti questi vantaggi sono da considerarsi come conseguenze necessarie delle *bon. poss.*, anzichè come l'esclusivo motivo per cui l'istituto fu introdotto. In questo senso è da convenire, che, se si vuole comprendere la *bon. poss.* come un sistema di successione, in questo carattere essa fu introdotta per allargare le basi della successione civile, prima coll' introdurre le due classi *unde cognati et unde vir et uxor*, poi nella forma *contra tabulas et unde liberi*. Ma che poi il possesso dei beni ereditari, la *bon. poss.*, come semplice mezzo possessorio interinale, abbia avuto la importanza di regolare la questione del possesso tra le parti contendenti, ed offerto il vantaggio del possesso per una futura controversia sulla eredità, secondo il primo sistema esposto, non si può negare essere la più probabile delle ipotesi. Però in quella forma, come certamente ha esistito fin da principio, è rimasta sempre un mezzo giudiziale in cui non si tratta che di dare un possesso prima che un giudizio si sia definito: tale è il caso della *missio in possessionem ex Carboniano edicto*, o prima che non si avverasse un avvenimento qualunque, come la *bonorum poss. secundum tabulas* data all'istituito *sub conditione*, o la *missio in possessionem ventris nomine* ecc. In tali forme la *bon. poss.* non è certo un sistema di successione, ma un mezzo di possesso provvisorio.

**23.** I. Il primo carattere della *bon. poss.* certamente si limitò e si tenne strettamente nei confini del diritto civile a conferma del medesimo, *confirmandi iuris civilis gratia*. Essa era concessa agli stessi eredi per diritto civile, che si presentavano al pretore con un testamento non sospetto, valido almeno secondo la forma esteriore, *obsignatum non minus multis signis*, ovvero giustificando essere i più prossimi eredi *ab intestato*. Quindi l'editto pretorio determinava questi due modi di attribuzioni della *bon. poss.* con due sezioni.

Nella prima il pretore disse: *Si de hereditate ambigetur, et tabulae obsignatae non minus multis signis, quam a lege oporteat ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.*

Nella seconda sezione l'editto pretorio era concepito in queste parole: *Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo* (1).

Nell'editto perpetuo per la considerazione espressa da Ulpiano (2) non fu creduto necessario esibire il testamento, essendosi ritenuto bastevole la esistenza di esso, quindi la formola fu corretta e si disse: *Si tabulae testamenti extabunt, si non extabunt* (3).

In questa forma le persone che potevano in principio pretendere al possesso dei beni era l'erede testamentario in un testamento che nella forma esterna desse fondate congetture essere un vero testamento, ovvero il più prossimo erede intestato secondo gli ordini del diritto civile. Si concedeva loro, dopo l'*aperitio*, l'*interdictum adipiscendae possessionis* appellato *quorum bonorum*.

Si dava con questo mezzo solo un possesso interinale da essere restituito a coloro che, esperimentando contro di lui la *hereditatis petitio*, era stato dalla sentenza riconosciuto vero erede. Certo, il possesso dei beni dava molti vantaggi: innanzi tutto nel breve spazio di cento giorni, o al più un anno si dava alla eredità un rappresentante, fosse anche interinale; in secondo luogo dispensava l'erede, a causa del possesso, dalla prova in una futura possibile controversia sulla eredità, e l'*interdictum quorum bonorum* che ne conseguiva era un mezzo più facile e più rapido per ottenere di fatto, ciò che per diritto si potea ottenere da un giudizio più lungo della *hered. pet.* Infine l'erede medesimo per questa via impediva ad altri la *usucapio pro herede*, mentre dall'altra parte, dandosi un rappresentante, anche interinale alla eredità, venivano ad essere maggiormente garantiti i diritti dei creditori e i crediti ereditari, per cui si concedevano utilmente *pro* o *contro* le azioni fittizie (4).

**24.** Poteva bene avvenire che chi avesse esibito, o, come fu ammesso più tardi, provato la esistenza del testamento *signatum non minus multis signis* (*septem signis*) non fosse vero erede, perchè alla confezione del testamento non si era proceduto alla *mancipatio*, e quindi, il testamento stesso, mancando della formalità richiesta dalla legge, era nullo. Così pure chi aveva provato di essere agnato *ab intestato*, domandava la *bon. poss.* dopo morto il più prossimo, e dopo avvenuta la *delatio*. In questi casi nè l'erede testamentario era vero erede per la nullità intrinseca del testamento, nè quell'agnato poteva essere vero erede; il primo perchè il testamento era nullo, il secondo perchè *in legitimis hereditatibus successio non est*. Ma in simili casi ed in altri in cui o una *petitio hereditatis* era impossibile per mancanza di eredi secondo legge, o non si esercitava per una ragione qualunque, il possessore dei beni aveva il vantagio di ogni altro *possessore ad usucapionem*, e quindi poteva giungere al vero dominio delle cose ereditarie. Epperciò il Pretore stabilì in questi casi una *utilis rei vindicatio*, considerando il *bon. poss.* come il vero erede.

Gai, *Inst.*, IV, 34 - Habemus adhuc alterius etiam generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit: cum enim praetorio iure, non legitimo, succedat in loco defuncti, non habet eius directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur, potest intendere, dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: *Iudex esto: si Aulus Agerius*, id est ipse actor, *Lucio Titio heres esset, tum si paret fundum de quo agitur, ex iure quiritium eius esse oportere*, vel si quid debebatur Lucio Titio praeposita simili fictione intentio ita subicitur.... *Tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia dare oportere.*

Se poi, come era il caso ordinario, e secondo la ipo tesi dell'editto, chi domandava il possesso dei beni era il vero erede, sia per testamento, sia *ab intestato*, esso possesso dei beni fino ad un certo punto si rappresentava come una forma definitiva di successione, quanto che non era possibile che contro lui si proseguisse il giudizio di eredità, essendo il possesso dei beni conceduto

(1) Arndts, *Pand.*, 466, ss. Schirmer, *Erbr.*, I, pag. 94. Windscheid, *Pand.*, III, § 532, not. 4.

(2) L. 1, § 2, *de bonor. poss. secundum tab.* (37, 11). Sufficit autem extare tabulas, etsi non proferentur, si certum sit eas extare. Igitur etiam apud furem sint, vel apud eum, apud quem depositae sunt, dubitari non oportet, admitti posse bonorum possessionem; nec enim opus est aperire eas, ut bonorum possessio secundum tabulas agnoscatur.

(3) Dig., XXXVI, 2, XXXVIII, 6.

(4) Gai, *Inst.*, III, 81.

per ordinare le parti nel giudizio, e non essendo fuori di essa possibile contro di lui una *hereditatis petitio*. Quindi il *bon. poss.* pervenne definitivamente alla eredità per il mezzo dell'editto pretorio. Naturalmente tuttociò è forma: questa *bon. poss.* è *cum re*, non perchè si oppone alle *hereditas*, e diventa a questa guisa un sistema successorio, ma è una forma utile, ed in sostanza il *bon. poss.* in questa forma non è meno *heres* di quello che lo sarebbe, se avesse adito la *hereditas*.

**25.** II. Nel secondo stadio la *bon. poss.* si presenta come istituto che supplisce a qualche lacuna del diritto civile, *supplendi iuris civilis gratia*. Ciò fu massimamente occasionato da certe contingenze sociali, le quali reclamavano un provvedimento.

In effetto era possibile che un cittadino romano per la sua condizione sociale, o anche per accidentalità, morisse senza testamento, e senza eredi ab *intestato* in nessuno dei tre ordini stabiliti dal diritto civile.

Tutti i figli di un matrimonio valido per diritto delle genti nei rapporti con la madre, i *vulgo quesiti*, e l'unico figlio di un emancipato o di un liberto non avevano nè agnati, nè *gens*. Quando uno di questi individui moriva senza lasciare *sui heredes* e senza testamento, non c'era chi raccogliesse la eredità, la quale poteva essere occupata da chiunque, almeno fino alla L. Giulia e Papia Poppea, quando fu riconosciuto su queste eredità vacanti il diritto dell'Erario e più tardi del fisco. Questo disordine in cui le cose materiali solo erano usucapite da chi occupava la eredità, rimanendo insoddisfatti ed estinti i rapporti obbligatori reclamava un provvedimento. Tale inconveniente ci è rilevato da Cicerone:

Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum morietur, usuceperit plurimum possidendo... Extrema illa persona est; ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.

A questo bisogno di dare una rappresentanza al defunto perchè nessuno fosse morto senza eredi, e perchè la eredità non fosse vacante, fu provveduto con l'introdurre nuove classi di successibili, che in mancanza di agnati dovessero essere per analogia e per una interpretazione dei sentimenti del defunto, il prossimo cognato, ed in mancanza, il coniuge superstite; onde i due nuovi ordini *unde cognati, et unde vir et uxor*.

È oramai accertato che queste nuove classi si trovano stabilite alla fine della republica; Cicerone ne accenna un caso in una delle sue orazioni (1).

Con la introduzione di queste nuove classi la *bon. poss.* acquista il carattere di istituto successorio distinto dalla *hereditas*. Essa non è più un mezzo concesso al vero erede per determinare le parti in un giudizio petitorio. Non dà solo un mezzo più rapido per pervenire alla eredità, ed in generale il vantaggio del possesso; ovvero pure non ha un carattere di provvisorietà, finchè non si fosse dichiarato il diritto del vero erede, cui il possessore era obbligato in ogni caso alla restituzione. Ma è addirittura un modo di succedere per due classi di persone, escluse assolutamente dal diritto civile. Ond'è che da questo punto di vista non si può sconvenire che, come sistema successorio, fu introdotto per sopperire a questi bisogni sopra manifestati.

L. 1, pr. *unde cognati* (38, 8) - Haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam, neque ex iure civili originem habet; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui iure civili admitti non possunt, id est cognatos.

Certo, anche in questi casi il pretore non poteva attribuire a questi eredi il diritto ereditario, *heredem praetor facere non potest*. E quindi doveva tutelare questo possesso dei beni con l'*interdictum quorum bonorum* per conseguirlo e dare al possessore le azioni fittizie, fingendolo vero erede; ma, non essendovi alcuno che potesse contro un tale *possessor bonorum* esperimentare la *petitio hereditatis*, tale possesso si convertiva per questa via in un vero diritto ereditario.

Ulp., *Fragm.*, XXVIII, 12 - Hi, quibus successorio edicto bon. poss. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur (2).

Questa classe di cognati non era composta di parenti stretti col solo legame di sangue, ma vi erano comprese anche persone legate tra loro da vincoli di vera agnazione. La eredità *ab intestato* era deferita al più prossimo agnato; se questi o avesse ripudiato la eredità o fosse morto prima dell'*aditio*, la eredità non passava al più remoto agnato, perchè tra gli agnati non si ammetteva la *successio graduum*, e quindi per questa via si avverava l'inconveniente che la eredità poteva addivenire vacante. Con la *bonor. possess. unde cognati*, si apportò a questo inconveniente il rimedio che gli agnati più remoti, esclusi dalla successione civile, entrarono a fare parte in qualità di cognati, essendo l'agnato, nel medesimo tempo anche cognato (3); ed in secondo luogo, s'introdusse nella *bon. poss. unde cognati* anche la *successio graduum*. Quindi nel successorio editto, il pretore in mancanza di *sui* dava la *bon. poss.* al più prossimo agnato, passato il tempo stabilito, le concedeva ai più prossimi cognati, quali potevano essere agnati e semplicemente cognati, ed in mancanza la *bonor. poss.* poteva essere domandata da un cognato più remoto (4).

L. 1, § 7, *unde cognati* (38, 8) - Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur, hoc est, quicumque fuerit tum deprehensus proximum locum obtinens (5).

In questa forma la *bon. poss.* non entra mai in conflitto col diritto civile. È certo una successione pretoria per coloro i quali non sarebbero stati chiamati dal diritto civile, ma questi eredi non offendono, con entrare

(1) *Pro Cluentio*, cap. 60.

(2) Vedi anche Gai, *Inst.*, III, 34.

(3) L. 1, § 4, *unde cognati* (38, 8).

(4) In questa classe poteva trovarsi anche un *suus heres*, secondo la ipotesi che ci viene presentata da Ulpiano nella L. 1, § 11, *de success. edicto* (38, 9) ..... ut puta filius est in potestate, delata est ei bonorum possessio ex prima parte, unde liberis defertur, exclusus est tempore aut repudiatione, ceteris defertur; sed ipse sibi succedat ex hac successoria parte? Et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere, et post hos suo ordine ex illa parte, unde proximi cognati vocantur; et hoc iure utimur, ut admittatur; poterit ex sequenti parte succedere ipse sibi.

(5) Vedi Ulp., *Fragm.*, XXVIII, 11. Era questione presso i giureconsulti romani, se il successorio editto avesse nella classe *unde legitimi* ammessa la *successio ordinum et graduum*. « Quidam putant, diceva Gaio (*Inst.*, III, 28), in eius agnati persona, qui proximo agnato omittente hereditatem, nihilo magis iure legitimo admittitur; sed sunt qui putant, hunc eodem gradu a praetore vocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur ».— V. § 7, *Inst. de legit. agn. success.* (3, 2). Giustiniano, considerando che i pretori non avevano potuto correggere in questa parte il diritto civile, risolve là questione nel senso che si ammetta per tutte le classi la *successio ordinum et graduum*. Confr. Fabricius, op. cit., pag. 27.

nella eredità per mezzo della *bon. poss.*, il diritto di alcuno, essendo il più prossimo cognato o coniuge superstite, in mancanza di eredi civili, chiamato proprio quando la eredità sarebbe stata vacante e soggetta alla occupazione di chiunque. Così pure la introduzione della *successio graduum* solo nell'ordine *unde cognati* era un principio di equità che non offendeva alcun canone del diritto civile, perchè questo escludeva la *successio graduum* solo tra i legittimi, *in legitimis hereditatibus successio non est.*

**26.** III. Finalmente molto più tardi la *bonor. poss.* fu conceduta *corrigendi iuris civilis gratia*. Ed è in quest'ultimo stadio che essa entra in conflitto colla *hereditas;* perchè, oltre a venire chiamato alla eredità chi vi era escluso per diritto civile, tale erede pretorio era preferito al civile, essendo a costui negata la *her. pet.* contro il *bonor. possessor.*

Questa grande innovazione si deve al mutamento avvenuto nella coscienza dei Romani nel concetto della famiglia. Al principio dell'Impero, tempo in cui si vuole con grandissima probabilità avvenuta questa radicale modificazione al diritto successorio (1), la famiglia romana cominciava a perdere del rigore del suo organismo. L'elemento naturale della cognazione, del legame di sangue, ebbe maggiore importanza; ed abbiamo veduto in effetto nel numero precedente, la introduzione delle nuove classi in un tempo anteriore all'impero.

Secondo il diritto civile il figlio era chiamato necessariamente alla eredità del padre a condizione che prima della morte di costui non fosse avvenuta una *capitis deminutio minima.* L'emancipato o il dato in adozione con l'agnezione perdevano irremissibilmente il diritto alla successione del padre; dopo la introduzione della classe *unde cognati* potevano solo aspirare alla eredità, ma in mancanza degli altri fratelli rimasti sotto la patria potestà del padre ed in mancanza degli agnati.

Nè il padre, facendo il testamento, aveva verso di lui l'obbligo d'istituirlo o debitamente diseredarlo; il testamento che lo dimenticava, non era nullo, come lo sarebbe stato, se la preterizione fosse toccata ad un *suus.*

La preterizione del *suus* rendeva il testamento nullo per vizio di forma interna, e per diritto civile non si poteva ritenere che una *successio ab intestato.* Il *suus* dimenticato poteva *agnoscere* però la *bonor. poss.* che in questo caso era *contra tabulas.* Da questo punto di vista questa forma può essere considerata già adoperata da un tempo molto remoto. Però è da riflettere che in questa ipotesi la *bonor. poss. contra tabulas* era un mezzo giudiziale qualunque di cui l'*heres suus* si serviva per conseguire quello che avrebbe il diritto di ottenere con la *hereditas.* In questo caso il testamento è nullo; di questo con simile vizio non resta in piedi nulla, nè disposizioni a titolo universale, nè legati, nè qualsiasi altra disposizione. Tanto valeva in questo caso la *bonor. possessio contra tabulas,* quanto la *hereditas intestata.* Essa è una forma che ha sempre il carattere *adiuvandi iuris civilis.*

Il vero carattere della *bon. poss.* come una forma dell'istituto pretorio di successione lo si ha quando tale mezzo è concesso all'emancipato, imperocchè in questa ipotesi, il testamento che dimentica l'emancipato per diritto civile è valido. Egli civilmente non ha che pretendere in contraddizione delle tavole testamentarie del padre suo. Ora dare a lui il possesso dei beni contro le tavole testamentarie, facendo considerare il padre quasi fosse morto intestato, è introdurre un nuovo principio, in cui il vincolo naturale del sangue nei rapporti tra discendenti ed ascendenti è messo nelle conseguenze giuridiche alla pari dell'*agnatio.* Quindi una correzione all'antico diritto, che non si può ammettere prima dell'Impero. E di vero, ciò non si potrà concepire in un'epoca, in cui l'organismo della famiglia romana è ancora integro ed esclusivo nella esplicazione del diritto successorio. Ed è al principio dell'Impero che si avverte il disgregamento dell'antica e vigorosa famiglia romana, ed in cui la cognazione, anche in opposizione dell'*agnatio,* incomincia ad addivenire la base del diritto successorio. Tale innovazione fu introdotta da qualche pretore in principio, indi raffermata nella coscienza popolare con l'editto traslatizio, e poi finalmente stabilita dalle costituzioni imperiali. Ai tempi di Cicerone è sconosciuta questa forma di succedere del diritto pretorio; ed appunto perchè Verre nel suo editto in occasione della eredità del P. Annio Asellio (2), ammise, certo, non nella ipotesi in cui discorriamo, una *bonorum poss. contra tabulas,* fu aspramente accusato di procedere illegalmente da Cicerone, il quale poggiò principalmente la sua censura nel fatto che nessun pretore, nè prima, nè dopo di Verre ebbe mai ad introdurre nell'editto un principio tanto contrario al diritto civile (3).

Il nuovo principio, introdotto, che modifica radicalmente il diritto civile, è che l'emancipato rispetto alla eredità paterna dev'essere considerato come sottoposto ancora alla patria potestà del padre suo, come se non fosse avvenuta la *capitis deminutio minima.* Onde se derogazione avviene, essa riguarda più gli effetti della emancipazione che della successione. In effetto considerata come non avvenuta la emancipazione, il diritto successorio del figlio è una conseguenza.

Quamvis enim (dice Paolo nella L. 6, § 1, *de bon. poss.*, 37, 1) iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen *rescindit eorum capitis deminutionem praetor.*

Conseguentemente, ritenuto l'emancipato come ancora soggetto alla patria potestà a causa della rescissione della *capitis deminutio minima,* egli deve conferire al *suus* col quale concorre alla eredità del padre, tutto quello che ha acquistato per sè, e che avrebbe acquistato per il padre, se fosse rimasto fino alla morte di costui sotto la patria potestà. Donde l'istituto della collazione.

Certo la rescissione della mancipazione non fu applicata in tutto il suo rigore, quanto che la collazione dell'emancipato era fatta solo in interesse dei *sui heredes,* e l'emancipato se concorreva per una porzione virile a quello che conferiva egli, non partecipava egualmente al conferimento degli altri emancipati, *emancipati invicem non conferunt* (4), concorrenti con lui e coi *sui* alla eredità paterna. Di qui seguiva che questi ultimi ottenevano un vantaggio maggiore che venne giustificato da quello ottenuto dagli emancipati di concorrere alla eredità del padre in opposizione del diritto civile. *Nec indignari eos oportere,* afferma Paolo con l'autorità di Giuliano, che a sua volta segue la opinione di Cassio, *si plus conferant, et minus accipiant; quia in potestate eorum fuerit, bonorum possessionem omittere* (5).

(1) Fabricius, op. cit., pag. 71.
(2) Cic. *in Verr.*, cap. 40-42.
(3) Vedi Fabricius, loc. cit.

(4) L. 2, § 5, *de collat.* (37, 6). Vedi anche L. 1, § 24, *eod.*
(5) L. 2, § 5, *eod.*

La rescissione della emancipazione, e conseguentemente la eguaglianza della condizione dell'emancipato con quella del *suus heres*, avrebbe dovuto portare alla nullità del testamento, se l'emancipato fosse stato pur esso dimenticato. Ma non fu così. Sebbene questo nuovo principio fosse stato introdotto, come a ragione afferma il Fabricius, con l'autorità di Augusto, pure non fu stabilito per legge. Esso fu accettato dal pretore nel suo editto, ed addivenne, forse per l'autorità dell'Imperatore e dei giureconsulti del tempo, specialmente di Labeone, traslatizio senza alcuna difficoltà.

Quindi il principio del diritto civile rimase in massima inalterato, la *hereditas* vi restò, sebbene fosse *sine re*.

Il testamento è perciò valido *iure civili*, e se il suo materiale contenuto, domandata la *bon. poss. contra tabulas*, è diviso tra i concorrenti con le norme della successione intestata, pure rimane intanto qualche disposizione, come la sostituzione pupillare (1), i legati alle *personae coniunctae* (2), il convertirsi qualche volta in *bon. poss. secundum tabulas* (3), la *tutoris datio*, e qualche caso di libertà testamentaria (4); rimase ancora inalterata una modificazione della *clausola Juliani* nel caso che abbia domandato la *bon. poss. contra tab.* il nipote del defunto rimasto sotto la patria potestà di lui ed il figlio emancipato, ricevendo entrambi una sola porzione: *de coniugandis cum emancipato liberis* (5) come sarà notato a suo luogo.

**27.** Ciò che si è detto per la *bon. poss. contra tabulas* vale per la *bon. poss. unde liberi*. È lo stesso principio della eguaglianza rispetto alla eredità del padre dell'emancipato col figlio *suus*, con la semplice differenza, che nella prima forma l'emancipato se ne avvaleva quando il padre, essendo morto con testamento, si trovava obliato nel medesimo, e nella *bon. poss. unde liberi* lo stesso emancipato se ne avvaleva quando il padre, essendo morto intestato, pretendeva concorrere alla successione di lui con i *sui heredes* in opposizione al diritto civile che ne lo escludeva.

**28.** IV. La *bon. poss. secundum tabulas*, la più antica come mezzo giudiziale, è la più recente come forma di successione pretoria che si sovrappone al sistema civile. Come si è notato innanzi, il pretore dava il possesso dei beni secondo le tavole testamentarie a chi presentava un testamento segnato da sette segni; perchè nei sette segni dei testimoni è supposta avvenuta la *mancipatio*.

Ma se il testamento era impugnato come nullo, perchè mancante delle formalità richieste dal diritto civile, e ciò era provato in giudizio, la *bon. poss. secundum tabulas* era *sine re*, ed il possessore era costretto a restituire la eredità.

Certo, in qualche caso la *bon. poss. sec. tab.* aveva una importanza effettiva, era *cum re*, ma solo quando non vi erano altri eredi per diritto civile, quindi i possessori di beni in tal caso erano collocati in secondo ordine in mancanza di eredi civili. Epperciò questa *bon. poss.* aveva il carattere di *supplendi iuris civilis gratia* (6).

Alcune volte la *bon. poss. sec. tab.* è concessa anche in un modo definitivo a persone che senza di essa pure sarebbero eredi, come per esempio avviene, in molti casi di *testamentum irritum*, in cui la *bon. poss. sec. tab.* è *cum re*, quando chi la domanda è nel medesimo tempo erede intestato o non ci sia altro erede civile (7).

La *bon. poss. sec. tab.* come sistema di successione avente efficacia anche contro il sistema civile (*cum re*) entra nel diritto per mezzo di rescritti imperiali, e per casi determinati.

Se il testamento era *ruptum* per l'agnazione del postumo, e questi, nato dopo la fazione del testamento, moriva prima del testatore, per un rescritto di Adriano gli eredi scritti potevano domandare la *bonor. poss.*, anche contro gli eredi intestati, secondo il tenore del testamento segnato dai sette testimoni.

L. 12, pr. *de iniust. rupt. test.* (28, 3) - Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit. Licet iuris scrupolositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt.

Essendo venuta questa innovazione per rescritto imperiale, si può dire che non siamo a fronte di un sistema pretorio opposto al civile. Però è da osservare che la innovazione, sebbene avvenuta per legge imperiale, pure l'imperatore non ebbe con tale disposizione la intenzione di abolire il principio fondato per diritto civile, ma fondò una *exceptio doli* in favore dell'erede scritto o *bonorum possessio* contro la *hereditatis petitio* degli eredi *ab intestato* (8).

**28 *bis*.** Il più importante caso della *bon. poss. secundum tabulas cum re* è quello introdotto dal rescritto di Marco Aurelio, il quale mutò la successione testamentaria nel senso che il testamento non fatto con le solennità civili, ma solo segnato da sette testimoni, *testamentum non iure factum* fu considerato come valido fondamento per la *bon. poss. cum re*, e così questo Imperatore preparò la riforma teodosiana e giustinianea sulla forma dei testamenti.

Gai, *Inst.*, II, 120 - Sed videamus an etiam si frater aut patronus extent, potiores scriptis heredibus habeantur, rescripto enim Imperatoris Antonini (9) significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali (10).

Dopo questo rescritto il *testamentum septem signis signatum* o, come altrimenti fu appellato, il testamento pretorio, ottenne il valore di un vero testamento che portava gli eredi iscritti al definitivo acquisto della eredità. Anche per questo caso, come per il precedente,

(1) L. 34, § 2, *de vulg. et pupil. subst.* (28, 6).

(2) T. D. *de legatis praest.* (37, 5).

(3) L. 14, pr. L. 15, § 1, *de leg. praest.* (37, 5); L. 14, *de bor.. poss. contra tab.* (37. 4).

(4) L. 8, § 2, *de leg. praest.* (37, 5).

(5) T. D. *de coniug. cum emanc. lib.* (28, 8).

(6) Gai, *Inst.*, II, 148. Ulp., *Fragm.*, XXIII, 6.

(7) L. 12, pr. *infin. de inius. rupt. test.* (28, 3). Confr. Gai, *Inst.*, II, 148-149. Ulp., *Fragm.*, XXIII, 6.

(8) L. 13, *de dol. mal. except.* (44, 4).

(9) È oggi generalmente riconosciuto che sotto questo nome debba intendersi Marco Aurelio.

(10) Si è questionato se il rescritto di Marco Aurelio avesse una estensione maggiore riflettente cioè un testamento che fosse *non iure factum* per un vizio qualunque (Vedi Schrader, *Was genwint die rom. Rechsgesch. duch Gaius Instit.*, § 48). Ma per la maggior parte degl'interpreti è oggi riconosciuto che il rescritto di Marco Aurelio si limita solo a quei testamenti, che sono nulli a causa di mancanza di solennità, come la mancipazione e la *ubi nuncupatione*, secondo afferma Papiniano, *solemnia iura defuerunt*. L. 1, *de iniust. rupt. test.* (28, 3). Vedi Fabricius, op. cit., pag. 113, ss. Savigny, *Beiträge u. Gesch. der röm. testam. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch.*, I, pag. 78, ss. Vangerow, loco citato.

l'effetto *cum re* era prodotto dal concedere agli eredi iscritti la *exceptio doli* contro gli eredi legittimi vindicanti la eredità.

Questo caso ha perduto ogni sua importanza nella legislazione giustiniana, in cui per le riforme fatte al testamento non si può fare più distinzione tra il testamento pretorio ed il civile: *quum ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi*. Valendo il testamento pretorio come testamento civile, il rescritto di Marco Aurelio con la relativa *bon. poss. sec. tabulas* ha perduto ogni valore. Onde si può dire che in questo caso la *bon. poss. sec. tab.* ha fatto ritorno al primitivo suo carattere, di essere un mezzo giudiziale per avere quella stessa eredità che si può nel medesimo tempo conseguire per mezzo della *hereditas*.

Fuori di questi casi la *bon. poss. sec. tab.* rimase nel càrattere antico, salvo naturalmente in quelle contingenze, in cui era dato all'erede scritto, quando mancava l'erede civile, o quando la stessa *bonor. poss.* era nel medesimo tempo erede *ab intestato*, ciò che verrà esaminato a suo luogo. Perocchè anche in questi ultimi casi, nel secondo specialmente, la *bon. poss.* si rappresenta fino ad un certo punto come istituto successorio, anche in collisione del diritto civile. Ed in effetto, se mancano gli eredi per diritto civile, la eredità doveva essere devoluta al fisco, e se i *bonorum possessores* erano nel medesimo tempo eredi intestati, la importanza della *bon. poss. sec. tab.* di fronte alla *hereditas* si mostrava nella divisione della eredità che poteva essere ineguale, e nel pagamento dei legati.

### § 6. — *Continuazione.*

29. Forme della *bonor. poss.* — 30. Casi della *bon. poss. secundum tabulas.* — 31. Classi della *bon. poss. intestat.* — 22. Della *bonor. poss. cum re e sine re.* — 33. Della *bonor. poss.* necessaria ed utile. — 34. La *bon. poss.* edittale e decretale.

**29.** La *bon. poss.* secondo lo sviluppo che abbiamo delineato, assume, come la eredità, due forme, la testata *secundum tabulas*, e la intestata, se mancano le tavole testamentarie; e, se nelle tavole testamentarie è dimenticato un figlio emancipato od un *suus*, essa prende la forma della successione necessaria *contra tabulas*.

**30.** I. La *bonor. poss. sec. tab.* si concede in generale a tutti coloro che sono istituiti eredi nel testamento, sia anche sotto una condizione sospensiva, o, che vale lo stesso, sotto un *dies incertus*, ovvero in alcuni determinati casi, anche a chi è iscritto in un testamento addivenuto irrito, purchè all'epoca della morte del testatore abbia riacquistato le qualità di *sui iuris* (2), ovvero pure in qualche caso, in cui, non acquistata la *bon. poss. contra tabulas*, si dà luogo ad una *bonor. poss. secundum tabulas* (3), ed inoltre pei casi di vera *bon. poss. sec. tab.* già notati (4).

La *bon. poss. intestati* si ha quando manca il testamento; a somiglianza della eredità il Pretore stabilì in generale (5) i seguenti ordini di successibili.

1) I *liberi*, comprendendo sotto questo vocabolo tanto i *sui* che gli emancipati *bon. poss. unde liberi.*

2) I *legittimi*, comprendendo tutti coloro che dopo i *sui* erano chiamati secondo il diritto civile, cioè gli agnati e la *gens: bon. poss. unde legitimi.*

3) I *cognati*, i parenti stretti solo dal vincolo del sangue *unde proximi cognati.*

4) Finalmente il coniuge superstite *bon. poss. unde vir et uxor.*

**31.** La *bon. poss. contra tabulas* è data al figlio, sia *suus*, che emancipato, quando egli si trova dimenticato nel testamento del padre.

**32.** II. Relativamente al contenuto la *bon. poss.* va distinta in *bon. poss. cum re* e *sine re.* Dicesi *cum re* quando il possesso dei beni conseguito con questo mezzo pretorio è definitivo, nè il *bon. possessor* potrà mai essere obbligato a restituire i beni ereditari a chi domanda la eredità anche per diritto civile, quando, in altre parole, nel conflitto tra la *hereditas* e la *bon. poss.*, vince il mezzo pretorio. È *sine re* al contrario quando l'erede può evincere dal possessore dei beni la eredità (6) come generalmente nei casi di *bon. poss. secund. tab.* data all'erede iscritto in un *testamentum irritum* (7).

**33.** III. In rapporto alle persone la *bon. poss.* è *necessaria* o *utile.* Come si è veduto innanzi, vi sono persone che entrano a far parte della successione di un defunto solo col sistema pretorio, onde si possono dire eredi esclusivamente pretori, p. e. l'emancipato; per costoro la *bon. poss.* è necessaria, non essendovi altro mezzo per venirvi. Invece agli eredi per diritto civile è data la facoltà di avvalersi del mezzo pretorio per conseguire in un modo più semplice e breve la eredità; ond'è che per essi la *bon. poss.* è solo utile.

**34.** IV. Finalmente la *bonor. poss.* è o *decretalis* o *edictalis*, secondo era concessa *de plano* a norma dei casi stabiliti nell'editto, ovvero con un decreto dopo una *causae cognitio.*

L. 3, § 8, *de bon. poss.* (37, 1) - Si causa cognita bon. poss. detur, non alibi dabitur, quam suo tribunali; quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bon. poss. alibi, quam pro tribunali, dari potest.

Per la prima, essendo stata preceduta dalla *cognitio* pretoria, non era necessario un giudizio per stabilire la validità della *bon. poss.*, purchè naturalmente nel decreto medesimo il pretore non avesse fatto una qualche riserva.

Quanto all'altra forma, *edictalis*, vi ha bisogno di un giudizio, perchè sia accertato se colui che ottenne la *bon. poss.* fosse veramente nell'ordine più prossimo al defunto, ovvero lo sia addivenuto dipoi nel caso che l'ordine o il grado più prossimo secondo l'editto successorio si fosse esaurito per mancanza di rappresentanti.

Relativamente alle altre differenze quanto all'acquisto della *bon. poss.* (*agnitio*) e quanto alle forme processuali dei mezzi dati per difenderla, ce ne occuperemo in altro luogo esaminando gli stessi punti relativamente alla eredità.

## Capitolo II. — Successione intestata o legittima.

### Bibliografia.

Forster, *De hered. quae ab int. defer.*, Francoforte 1615. — Ranchiai, *Trat. de success. ab int.*, in *Meermann thesauro*, vol. III. — Stryk, *Tractatum de successione intestata*, 1733. —

(1) L. 2, § 1; L. 5, 6, 10, 12, *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11); L. 3, § 13, *de bon. poss. contra tab.* (37, 4); L. 23, *de her. inst.* (28, 5).

(2) § 6, *Inst. quib. modis test. infirm.* (2, 17); L. 1, § 8, *de bon poss. sec. tab.* (37, 11). Gai, *Inst.*, II, 147.

(3) L. 2, pr. *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11); L. 19, *de bon. poss. contra tab.* (37, 4).

(4) Vedi L. 12 pr.; L. 17, *de iniust. rupt. test.* (28, 3).

(5) Abbiamo detto in generale, perchè, come vedremo, gli altri ordini si riducevano qualcuno dei quattro ordini principali.

(6) Gai, *Inst.*, III, (38, 26).

(7) Gai, *Inst.*, III, § 148-149.

Rotgerii, *Comm. de success. legit.*, Lugd. 1727. — Hugo, *Com. de fund. succ. ab intestato ex iure rom. ant. et novo*, Goetth 1785. — Ferrarius, *De success. ab int.*, Neap. 1798. — Koch, *Successio ab intest. civilis*, Giessae 1798. — Glück, *Hermeneutisch-systematische Eröterung der Lehre*, v. *der Intestaterbfolge*, Erlangen 1822. — Roshirt, *Einleitihung in das Erbrecht, und Erstellung des ganzen Testaterbrechts*, Landshut 1831. — Arndts, *Intestaterbfolge, Civilistiche Schriften*, II, 36, pag. 31, ss. — Broscher, *Étude historique*, Genève 1868. — Tewes, *System des Erbrechts*, cap. II, Leips. 1863.

### § 7. — *Nozioni generali.*

35. Nozione della successione intestata e carattere sussidiario di essa. — 36. Fondamento giuridico di questa forma di successione. — 37. Principii fondamentali della successione intestata — *successio per ordines*, *successio per gradus*, *successio per capita*, *successio per stirpes*, *successio per lineas*.

**35.** La successione intestata è quella deferita ad una serie di persone stabilite in diversi ordini dalla legge. Essa è chiamata intestata o *ab intestato*, perchè ha luogo quando qualcuno muore senza avere, in un atto di ultima volontà, appellato testamento, designato la persona o le persone destinate a rappresentare la personalità dopo la morte sua. È detta anche *legittima*, perchè, in tal caso, è la legge che designa i successori.

Lo stesso avviene quando vi è il testamento, ma esso o è nullo fin da principio, o lo addiviene dopo.

Pr. *Inst. de hered. quae ab. intest. deferuntur* (3, 14) - Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritum factum est, aut nemo ex eo heres existit (1).

La successione intestata ha perciò un carattere sussidiario, in guisa che essa non ha luogo finchè esista un testamento, e si possa adire la eredità secondo esso testamento.

L. 39, *de acquir. vel amit. hered.* - Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur (2).

**36.** Il fondamento di un simile modo di succedere è la famiglia o la parentela, intesa questa parola secondo il più stretto significato nell'antico diritto civile, cioè l'agnazione; e nel diritto posteriore nel più ampio significato in cui fu inteso dal diritto pretorio; cioè la cognazione. Quindi questa successione è essenzialmente successione di parenti. Qualche volta, per eccezione, ed in alcune circostanze stabilite dalla legge, possono essere chiamati altri che non sono parenti. Onde la prima è stata designata col nome di *successio ab intestato ordinaria*, l'altra col nome di *extraordinaria*, ovvero *successio ex speciali fundamento*.

**37.** Perchè i parenti siano chiamati con ordine alla successione intestata, la legge dà i seguenti principii:

1) Una classe di parenti può essere chiamata in preferenza di un'altra, e questa è chiamata a surrogare la prima quando mancano tutte le persone chiamate in primo luogo. Tale successione si chiama *successio per ordines*.

2) Nella medesima classe o ordine qualche parente di grado più vicino esclude un altro di grado più remoto. Questa successione è detta *per gradus*.

3) Tra i parenti del medesimo ordine e del medesimo grado tutti, in generale, prendono una porzione eguale o virile; ossia l'asse ereditario è spartito in tante porzioni per quanti sono i concorrenti: la divisione della successione dicesi allora *per capita*.

(1) L. 1, pr. *de suis et legit. hered.* (38, 16).
(2) L. 2, C. *comm. de succ.* (6, 59).

4) Qualche volta più eredi insieme sono considerati come una sola persona ed hanno diritto insieme ad una sola porzione. Ciò avviene quando parecchi sono messi nel posto di un predefunto parente. Questa partizione si dice *successio per stirpes*.

5) Finalmente è possibile che dell'asse ereditario si facciano due porzioni, in una delle quali succedono parenti discendenti dalla linea paterna, nell'altra quelli che discendono da linea materna; onde tale successione è detta *per lineas*.

Quando è il caso di una di queste successioni si vedrà nei seguenti paragrafi.

### I. — Sistemi della successione intestata fino alla Nov. 118.

#### A. - Sistema del diritto civile.

### § 8. — *Successione secondo le leggi delle XII tavole, e modificazioni posteriori per la successione delle donne.*

38. Fondamento della successione intestata secondo le Leggi delle XII tavole. — 39. *I. Ordine - Sui.* Perchè questi eredi sono detti necessari - Come si opera la divisione fra questi eredi. — 40. Eredi considerati nel numero dei *sui*. — 41. *II. Ordine - Agnati.* Massima: *in legitimis hereditatibus successio non est* - Limitazione introdotta per influenza della L. Voconia. — 42. *III. Ordine - Gentiles.*

**38.** Per antica consuetudine, confermata dalle leggi delle XII Tavole, il sistema successorio romano poggiava sulla famiglia. Il patrimonio di un *pater familias* si trasmetteva di generazione in generazione, nella sfera dell'antica famiglia romana organizzata sotto l'autorità della *patria potestas*. Essa riconosceva tre ordini di successione: 1° La famiglia del defunto rappresentata dai figli e figlie soggetti alla patria potestà sino alla sua morte, *sui*. 2° Le famiglie sorte, dopo la morte del padre, dai figli ch'erano stati soggetti alla patria potestà o che lo sarebbero se non fosse morto il comune genitore, detti più propriamente *agnati*. 3° La riunione delle famiglie che portavano lo stesso nome, sebbene non si potesse più determinare il grado di parentela civile, appellata *gens*.

**39.** I. *Ordine « Sui ».* Morendo il padre di famiglia senza testamento, gli succedono i figliuoli rimasti sino alla morte sotto la sua patria potestà, *heredes sui*.

Ulp., *Fragm.*, t. XXVI, 1 - Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, idest liberos qui in potestate sunt; ceterosque qui in liberorum numero sunt (3).

Questi eredi sono detti necessarii, perchè addivengono eredi indipendentemente dalla loro volontà, lo vogliano o no, muoia il padre con testamento o senza. Essi, ancora vivo il padre, si consideravano compartecipi del patrimonio famigliare, appartenente questo più all'ente famiglia che al padre; onde si credeva che per i figli, anzichè una vera successione, vi fosse una continuazione di dominio e l'acquisto della libera amministrazione dopo la morte del padre (4).

Gai, *Inst.*, II, 157 - Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente, quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum; *necessarii* vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento, heredes fiunt.

(3) Gai, *Inst.*, II, 156, III, 1, 2.
(4) L. 11, *de lib. et post. her.* (28, 2).

La partizione della eredità tra questi eredi avviene generalmente *per capita;* ma se vi esistono nipoti figli di un predefunto figlio, questi succedono nel luogo del predefunto genitore, ossia *per stirpes.*

Ulp., *Fragm.*, XXVI, 2 - Si defunctus sit filius et ex altero filio iam mortuo nepos unus, vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut *in capita* dividatur, sed *in stirpes;* id est, filius solus mediam partem habeat et nepotes, quotquot sunt, alteram dimidiam; aequum est enim, nepotes in patris sui locum succedere et eam partem habere quam pater eorum, si viveret, habiturus esset.

**40.** Alcuni altri erano considerati come *sui* — *suorum numero sunt;* — ed erano perciò anch'essi eredi necessari. Tali sono gli adottati, gli arrogati, e più tardi anche i legittimi. Più i nipoti e i pronipoti, quando le persone intermedie tra questi ed il defunto fossero morti, ovvero sieno, per mezzo della emancipazione, usciti dal legame di agnazione.

Gai, *Inst.*, III, 2 - ..... ita demum nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione; nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate eius sit, nepos et eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligemus.

Egualmente è considerata come sua l'*uxor cum conventione in manum mariti, quia filiae loco est:* anche la nuora *in manu* del figlio, *nam et haec neptis loco est.* Però perchè questa sia considerata come sua, conviene che il figlio all'epoca della morte del padre non sia sotto la patria potestà di lui.

Gai, *Inst.*, III, 3 - Uxor quoque, quae in manu morientis est, ei sua heres est, quia filiae loco est: item nurus, quae in filii manu est, nam et haec neptis l..o est: sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu uit, cum pater moritur, in potestate eius non sit. Idemque dicemus de eo, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est.

Si considerano come *sui* i postumi, i quali, se fossero nati prima della morte, sarebbero stati sotto la patria potestà del defunto.

Gai, *Inst.*, III, 4 - Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.

Similmente vanno compresi in questa classe anche i figli manomessi *ex prima vel secunda emancipatione: Quod etiam de eo filio, qui ex prima secundave emancipatione post mortem patris manumittitur, intelligemus* (1).

Finalmente vanno sul numero dei *sui* quelli che dopo la morte del padre (liberto) provano la causa della emancipazione secondo la legge *Aelia Sentia.*

Gai, *Inst.*, III, 5 - Idem iuris est de his, quorum nomine ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto post mortem patris causa probatur; nam et hi vivo patre causa probata in potestate eius futuri essent.

**41.** II. *Ordine « Agnati ».* In mancanza di *sui*, la eredità è devoluta al più prossimo agnato.

Ulp., *Fragm.*, XXVI - ..... si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.

Gai, *Inst.*, III, 9 - Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem L. XII tabularum ad agnatos.

Sono agnati, secondo la definizione di Ulpiano: *cognatos virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae* (2); vuol dire quelli che nati dallo stesso sangue (cognati) si trovano attualmente, o si sono trovati insieme sotto la medesima patria potestà, o vi si troverebbero se non fosse morto il comune *antenato* (3).

La specialità di questa successione è che la eredità non è deferita a tutti gli agnati, ma al più prossimo al momento della morte; se il più prossimo agnato manca per ripudio o per morte posteriore, l'eredità è deferita non al grado, ma all'ordine successivo. Sicchè vi è una *successio ordinum* e non una *successio graduum.*

Gai, *Inst.*, III, 11-12 - Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his qui tunc, cum certum est, aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt. Nec in eo iure successio est; ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel, antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.

Ed Ulpiano aggiunge:

Quod si nemo eorum (s. proximi agnati) adierit ad insequentem gradum ea lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis heredibus successio non est (4).

Al tempo della repubblica, per lo spirito della legge Voconia, tendente a frenare il lusso, e ad allontanare le donne dalle pingui eredità, la giurisprudenza ammise una limitazione in ciò, che tra le donne fu ammessa la successione legittima fino ad un certo punto. Di regola esse, mentre come *suae* ereditavano sempre, per effetto di quella legge erano escluse dalla eredità legittima. La giurisprudenza ammise per esse una eredità legittima, ma limitata solo alla sorella consanguinea, cui fu equiparata la madre e la madrigna in *manu.*

Gai, *Inst.*, III, 14 - Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum ab his capiendis: nam feminarum hereditates per inde ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum: nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent: itaque soror fratri sororive legitima heres est, amita vero et fratris filia legitima heres esse non potest; sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae filiae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura consecuta est (5).

**42.** III. *Ordine « Gentiles ».* In mancanza di agnati, la eredità è deferita in complesso ai gentili.

Ulp., *Fragm.*, XXVI - Si agnatus defuncti non sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto (6).

Sono gentili, secondo Cicerone: *qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum maiorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.*

### § 9. — *Successione dei liberti.*

43. I. Liberti cittadini romani — essa è simile a quella degl'ingenui — modificazioni apportate in seguito. — 44. Modificazione fatta in favore dei patroni dalla L. Giulia e Papia. — 45. II. Liberti latini; loro successione. — 46. Modificazioni apportate dal SC. Largiano; criterii fondamentali di tale Senatoconsulto.

(1) Gai, *Inst.*, III, 6.

(2) Ulp., *Fragm.*, XXVI, 1.

(3) La definizione di Ulpiano è stata ritenuta da qualcuno come insufficiente: in quanto che ci può essere agnazione senza la cognazione È però da considerare che l'adozione tra persone non legate da vincolo di sangue, come avviene nella adozione nella doppia sua forma, è l'effetto di una finzione, per cui il figlio adottato od arrogato è assimilato agli agnati, perchè finto nato dal padre adottivo.

(4) Ulp., *Fragm.*, XXVI, 5.

(5) Ulp., *Fragm.*, XXVI, 6. Paul, *rec. sent.*, IV, 8, 22.

(6) Vedi *Coll. mosaic. et rom. leg.*, 16, 1, § 2 Gai, *Inst.*, III, 17.

**43.** I. *Liberti cittadini romani.* La successione dei liberti aveva per base gli ordini della successione degl'ingenui. Nel primo ordine erano chiamati i *sui*, in mancanza di essi era chiamato il patrono ed i discendenti di lui, quasi fossero gli agnati del liberto.

In seguito questa successione dei liberti venne modificata. Secondo le leggi delle XII tavole il patrono era escluso dalla successione del liberto, quando questi o avesse nominato l'erede nel testamento, ovvero, morto intestato, avesse lasciato un *suus heres*.

Gai, *Inst.*, III, 40 - Olim itaque licebat liberto patronum suum in testamento praeterire; nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, nullo suo herede relicto: itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat; et si quidem in naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur esse querela; si vero vel adoptivus filius filiave, vel uxor, quae in manu esset, suus vel sua heres esset, aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse.

A questa iniquità rispetto al patrono provvide il pretore; e quindi lo stesso Gaio (4, 1) prosegue:

Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est: sive enim faciat testamentum libertus, iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum reliquat; et si aut nihil aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio. Si vero intestatus moriatur, suo herede relicto adoptivo filio vel uxore vel nuru, quae in manu ipsius esset, vel nuru, quae in manu filii eius fuerit, datur aeque patrono adversos hos suos heredes partis dimidiae bonorum possessio. Prosunt autem liberto ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti sint, aut praeteriti contra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint; nam exheredati nullo modo repellunt patronum (1).

**44.** I patroni furono maggiormente favoriti dalla legge Giulia e Papia Poppea; quanto che i figli non esclusero più il patrono. Per questa legge fu al patrono assicurata la porzione virile se si fosse lasciato dal liberto un patrimonio di centomila nummi quando vi fossero meno di tre figli, e ciò sia che gli fosse morto col testamento, sia *ab intestato*. Se poi il liberto avesse lasciato un solo figlio o una sola figlia, al patrono spettava la metà, come se il liberto fosse morto con testamento non lasciando figliuoli; se infine questi lasciasse due eredi, è dovuta al patrono la terza parte. È escluso il patrono secondo il diritto antico, se gli eredi suoi che lascia ascendono al numero di tre (2).

Questo vincolo di quasi agnazione cessa con la *capitis minutio* del liberto, del patrono, e dei figli di quest'ultimo; e quindi va perduto anche il diritto di successione (3).

**45.** II. *Liberti latini.* I latini *iuniani*, che ebbero la libertà di latini coloniarii dalla L. Giunia Norbana, non avevano successione. Essi vivevano da liberi, ma morivano da schiavi, e quindi i beni andavano devoluti al patrono e alla patrona e loro discendenti non *iure hereditatis*, ma *iure peculii*. Nè su di essi ebbero nessuna efficacia le modificazioni relative alla successione di liberti apportate prima dall'editto pretorio e poi dalla legge Giulia e Papia Poppea.

Gai, *Inst.*, III, 56 - Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus, de quo alio loco diximus, eos, qui nunc latini Iuniani dicuntur, olim ex iure quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos: unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est: postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti, Latini coloniarii esse coeperunt. Iunios ideo, quia per legem Iuniam liberti facti sunt, etiamsi non cives romani. Quare legis Iuniae lator cum intelligeret futurum, ut ea fictione res latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, ab id, quod neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniuria patronorum converteretur, cavere ut bona horum libertorum, proinde ad manumissores pertinerent ac si lex lata non esset: itaque iure quodammodo peculii bona latinorum ad manumissores ex iure quiritium pertinent (4).

**46.** Il Senatoconsulto Largiano modificò, fino ad un certo punto, la successione dei latini *iuniani;* di guisa che alcuni giureconsulti romani, come ci riferisce Gaio, credettero che in questo punto il Senatoconsulto avesse eguagliata la condizione di tutti i manomessi, e la successione dei latini *iuniani* fosse la medesima di quella del liberto cittadino romano. Ma Gaio stesso dimostra la falsità di tale opinione.

In effetti, il Senatoconsulto Largiano stabilì, quanto alla successione del latino *iuniano*, questi tre criterii. In primo luogo l'eredità del latino era devoluta a colui che lo aveva manomesso; in mancanza ai figli di questi, quando non fossero stati diseredati nominatamente. E dovevano essere diseredati *nominatim*, perchè fossero esclusi dalla successione del latino anche coloro tra i discendenti (figlia, nipote) che in generale potevano essere diseredati *inter ceteros*. In terzo luogo erano chiamati gli eredi del manomissore, fossero anche gli estranei. Ond'è che le due circostanze che la eredità del liberto latino poteva pervenire anche all'estraneo, e che ai figliuoli del manomissore nuoceva la diseredazione, determinava la grande differenza tra questa successione secondo il SC. Largiano e quella del liberto cittadino romano.

In sostanza, questo Senatoconsulto non spostò la successione del liberto latino dalla base del diritto peculiare; e non le diede per conseguenza la base del diritto di patronato; il quale impediva che il patrimonio del liberto cadesse mai all'estraneo, o quanto ai figli del manomissore facesse dipendere il loro diritto dall'essere o meno istituiti o diseredati nel testamento del padre.

Gai, *Inst.*, III, 65 - Postea Lupo et Largo consulibus, senatus censuit, ut bona latinorum primum ad eum pertineret qui eos liberasset: deinde ad liberos eorum non nominatim exheredatos, uti quisque proximus esset: tunc antiquo iure ad heredes eorum, qui liberassent, pertinerent. — 64. Quo senatoconsulto quidam id actum esse putant, ut in bonis latinorum eodem iure utamur, quo utimur in hereditate civium romanorum libertinorum, idque maxime Pegaso placuit: quae sententia aperte falsa est: nam civis romani liberti hereditas numquam ad extraneos patroni heredes pertinet; bona autem latinorum etiam ex hoc ipso Senatoconsulto non obstantibus liberis manumissoris etiam ad extraneos heredes pertinent item in hereditate civis romani liberti, liberis manumissoris nulla exheredatio nocet, in bonis latinorum autem nocere nominatim factam exheredationem, ipso Senatoconsulto significatur; verius est ergo hoc solum senatoconsulto actum esse ut manumissoris liberi, qui nominatim exheredati non sint, praeferantur extraneis heredibus (5).

(1) Ulp., *Fragm.*, XXVII, 1, 25.

(2) Gai, *Inst.*, III, 42. Vedi anche lo stesso, III, 45, 49.

(3) Gai, *Inst.*, III, 51. Ulp., *Fragm.*, XXVII, 5.

(4) Vedi anche Gai, *Inst.*, III, 57-62.

(5) Vedi anche lo stesso Gai, III, 65-72-74-77.

### § 10. — *Modificazioni posteriori.* *Senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano.*

47. I. Del Senatoconsulto Tertulliano; persone che escludono o concorrono con la madre. — 48. Modificazioni apportate al SC. Tertulliano dalle costituzioni imperiali; costituzione di Costantino; costituzione di Teodosio e Valentiniano; costituzione di Giustiniano. — 49. II. Senatoconsulto Orfiziano. Estensione apportata al SC. Orfiziano; estensione apportata dalla costituzione di Onorio ed Arcadio; modificazione fatta da Giustiniano.

**47.** I. *Senatoconsulto Tertulliano.* Secondo il diritto antico, come abbiamo veduto, la madre non poteva ereditare dal proprio figlio *ultra consanguinitatis gradum:* cioè solo allora poteva pretendere l'eredità del figlio, quando, per esser essa rimasta nella *manu mariti*, era considerata sorella consanguinea del figlio, ed entrava nella classe degli agnati di costui. Per diritto pretorio, se era sotto la mano, faceva parte della classe *unde legitimi;* se invece era uscita dalla *manus*, ovvero si era unita col marito *sine manu*, poteva entrare a far parte della eredità del figlio nella classe *unde cognati*, perchè allora ella si trovava *ultra consanguinitatis gradum.*

Una costituzione di Claudio prima, poi il Senatoconsulto Tertulliano pubblicato sotto Adriano (anno 158 dell'E. V.) chiamò la madre alla successione del figlio, sotto le seguenti condizioni:

*a)* Che essa avesse il *ius liberorum*, cioè tre figli se ingenua e quattro se libertina;

*b)* Che il figlio morendo non avesse lasciato: 1° figli, 2° il padre naturale, 3° fratelli consanguinei.

Essa concorreva con le sorelle consanguinee del defunto.

§ 1, 4, *Inst. de SC. Tertulliano* (3, 3) - Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. Et prius quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem. — § 2. Postea autem Senatoconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae, deferendum cautum est, et mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, quum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est. — § 3. Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem, soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur, sed si fuerit frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori (1).

Le persone innanzi accennate escludono la madre quando effettivamente succedono, ovvero quando, pure nella condizione giuridica in cui si trovano all'epoca della morte del figlio, siano effettivamente chiamate alla successione. Ond'è, che se il figlio del defunto, il padre od il fratello, chiamati alla successione del padre, del figlio o del fratello, rinunziano alla eredità, o si astengono, ovvero si fanno restituire in intiero contro l'accettazione, incondizionatamente viene chiamata la madre.

L. 2, § 8, *ad SC. Tertull.* (38, 17) - Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus an mater admittatur, utputa abstinuit se hereditate. Africanus et Publicius tentant dicere, in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstent, quoties rem haberent, ne nudum nomen sui heredes noceat matri: quae sententia aequior est (2).

Similmente se il padre, essendo uscito dal legame di agnazione col figlio, è escluso da un agnato, sicchè egli non può essere chiamato alla successione pretoria in qualità di cognato, esso padre, tuttochè esistente alla morte del figlio, non esclude la madre.

L. 2, § 17, *eod.* - Si sit agnatus defuncti, et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem agnatus exclusit.

Egualmente se vi esistessero una sorella consanguinea del defunto, la madre ed il padre uscito per adozione o per emancipazione dell'agnazione, dipende dalla sorella consanguinea se la madre debba o no succedere. Imperocchè, se la sorella accetta la eredità, la madre succederà insieme con lei; se la sorella ripudia la eredità, la madre non potrà succedere più, perchè in questo caso, esaurita la classe degli agnati col ripudio della sorella, il padre può accedere all'eredità del figlio per mezzo della *bonorum possessio unde cognati*, e quindi essendo per questa circostanza rientrato nel diritto ereditario, esclude la madre. Però in questo caso, non avendo più luogo il Senatoconsulto Tertulliano, la madre rientra nel diritto comune come cognata, e quindi concorre col padre nella *bon. poss. unde cognati.* Ella potrà novellamente rientrare nel Senatoconsulto, se il padre ripudia la eredità del figlio non agnoscendo la *bon. poss.*; perocchè allora, non essendovi il padre escludente la madre, questa potrà invocare in suo favore il Senatoconsulto.

L. 2, § 18, *eod.* - Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus, si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex Senatoconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet; si consanguinea repudiet, matrem ex Senatoconsulto propter patrem non venire, et quamvis alias non soleat mater expectare consanguineam, velit, nec ne, adire hereditatem, nunc tamen expectaturam; consanguinea enim est quae patrem excludit. Repudiante igitur consanguinea, bonorum possessio habebit mater cum patre quasi cognata; sed et in hac mora patietur, nec ante accipiat bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatoconsulto succedere (3).

**48.** Questa successione della madre rispetto al figlio fu modificata in meglio prima da Costantino. Il diritto di lei fu allargato, sebbene venisse in una circostanza limitato.

La madre avente il *ius liberorum*, che *ex Senatoconsulto Tertulliano* escludeva qualunque agnato, fu dalla costituzione di Costantino obbligata a concorrere non solo con la sorella consanguinea, ma anche col *patruus* e discendenti di costui sino al terzo grado senza aver riguardo alla *capitis diminutio* (*minima*). In tale concorrenza alla madre spettavano due terzi della eredità ed un terzo al *patruus.*

Dall'altra parte la madre che non avesse il *ius liberorum*, mentre prima era completamente esclusa, ebbe dalla medesima costituzione di Costantino un limitato diritto alla successione del figlio. In effetti, ella concorrerà col *patruus* e con gli altri agnati del figlio e riceveva un terzo della eredità, essendo gli altri due terzi attribuiti allo zio del defunto.

Tale diritto fu esteso ancora da una costituzione di

(1) L. 7, C. *ad senat. Trebell.* (6, 56). Paul, *Recept. sent.*, IV, 9. T. D. *ad SC. Tertull.* (38, 17). L. 10, *de suis et leg. her.* (39, 16).

(2) Vedi anche § 10-14 della stessa legge.

(3) Vedi Vangerow, *Pand.*, II, § 408, nota 1.

Teodosio e Valentiniano, stabilendosi che la madre dovesse anche per la terza parte del padre concorrere col fratello emancipato del defunto.

Finalmente Giustiniano sancì che la madre fosse sempre chiamata all'eredità del figlio senza altra limitazione, quindi anche non avesse il *ius liberorum* (1).

L. 2, C. *de iure liber.* (8, 59) - Illam iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae praeteritis flebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus, et legitima iura, quae ex Senatoconsulto Tertulliano ei praestantur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenuae, vel libertina quatuor minime pepererit.

§ 5, *Inst. de SC. Tertulliano* (3, 3) - Sed quum antea constitutiones, iura legitima perscrutantes, partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant, et non in solitum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabunt personis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis iura habentes, ut, quemadmodum eam toti alii ordini legitimo praefuimus, ita omnes fratres et sorores sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus; ita tamen, ut si quidem solae sorores agnatae vel cognatae, et mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant; si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis iura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ea hereditas.

**49.** II. *Senatoconsulto Orfiziano.* Modificato il diritto di successione della madre rispetto al figlio dal Senatoconsulto che abbiamo or ora esaminato, un altro Senatoconsulto, in omaggio alla reciprocità dei diritti di successione, modificò il diritto di successione del figlio rispetto alla madre. Esso fu emanato sotto Marco Aurelio (An. 178 dell'E. V.).

Per diritto antico il figlio succedeva alla madre solo quando poteva essere considerato agnato di lei, cioè quando la madre era rimasta sotto la mano del marito. Le donne non potendo avere *sui*, la loro successione incominciava dagli agnati. Se la madre non era sotto la *manus* del marito, il figlio, essendo semplice cognato, era escluso dagli agnati di lei; egli non poteva prendere che la *bonorum possessio unde cognati* in mancanza di *legittimi.*

Il Senatoconsulto Orfiziano modificò questo sistema; e stabilì che i figli e le figlie avessero il diritto di succedere alla madre a preferenza degli agnati di lei.

Pr. *Inst. de SC. Orphitiano* (3, 4) - Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatoconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus; et data est tam filio, quam filiae legitima hereditas etiamsi alieno iure subiecti sunt et praeferuntur consanguineis et agnatis defunctae matris (2).

Da principio tale successione fu limitata ai soli figli e figlie, di modo che i nipoti e le nipoti non potevano in virtù di questo SC. succedere alle ave. In secondo luogo essa, come anche la successione per Senatoconsulto Tertulliano, fu fondata sulla base del legame di sangue; sicchè non si perde con la *capitis deminutio*, ed è concessa anche al *vulgo quaesitus.*

§ 2, *Inst. h. t.* - Sciendum autem est, huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferuntur. — § 3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatoconsulto admitti (3).

Per *capitis deminutio* s'intende naturalmente *la capitis deminutio minima* secondo è accertato dal § 8 della legge citata in nota.

Capitis deminutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem; nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis deminutione perimitur; novae vel ex lege, vel ex Senatoconsulto delatae non perimuntur capitis deminutione. Proinde sive quis ante delatam, sive post delatam capite minuitur, ad legitimam hereditatem admittetur, *nisi magna* capitis deminutio interveniat quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.

Ma lo stesso Ulpiano al § 6 della stessa legge riferisce, che la giurisprudenza romana estese il principio delle leggi nuove anche alla *capitis deminutio magna;* sicchè il figlio che fosse condannato in guisa da perdere la libertà o la cittadinanza, avrebbe ciò non pertanto il diritto alla eredità legittima della madre.

Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit, *quive rei capitalis damnatus, neque restitutus est*, ex Senatoconsulto Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur; *sed humana interpretatione placuit eum admitti.*

È sembrato incredibile che i Romani abbiano potuto mai concedere un diritto di successione legittima a chi andò soggetto alla *capitis deminutio maxima* o *media*, cioè allo schiavo o allo straniero. È vero che questo Senatoconsulto fu poggiato su tanto larga base da concedere il diritto anche al *vulgo quaesitus.* Con ciò però non si usciva dalle massime più rigorose del diritto: quanto che il figlio illegittimo, e specialmente il *vulgo quaesitus*, segue la condizione della madre; e nel suo stato nulla si oppone a che possa avere ed esercitare un diritto di eredità. Ecco perchè molti interpreti hanno creduto che il testo, così come si legge, è poco corretto; e quindi, invece di *neque restitutus est*, si debba leggere *atque restitutus est:* ovvero bisognerebbe intendere per le parole, *capitalis rei damnatus*, chi è diminuito nella stima pubblica e non chi abbia perduta la libertà.

Questa ultima versione è molto più probabile; il *damnatus rei capitalis* si riferisce ad uno dei casi d'infamia mediante sentenza, o infamia mediata che si voglia dire (4). Nella lingua latina, come afferma Modestino, si usa la parola *capitalis* per ogni causa di perdita di stima. *Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissione civitatis intelligenda est.*

Una costituzione degl'imperatori Teodosio ed Arcadio estese il Senatoconsulto Orfiziano anche ai nipoti: considerandosi questi come i naturali e più prossimi eredi dei loro avi materni e dell'ava paterna, essi prendevano la porzione del loro predefunto genitore. Erano però obbligati a lasciare un terzo della porzione spettante alla loro madre in favore degli altri figli del defunto chiamati esclusivamente secondo il diritto anteriore; ed, in mancanza di questi, furono obbligati a lasciare una quarta parte agli agnati dei loro avi.

L. 9, C. *de suis et leg. hered.* (6, 55) - Si defunctus cuiuscumque sexus aut numeri reliquerit filios, et ex filia diem functa cuiuscumque sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncta filia, superstes patri, inter fratres suos fuisset

(1) § 4, *Inst. de SC. Trebell.* (3, 3).

(2) Ulp., *Fragm.*, xxvi, 7. Paul, *Rec. sent.*, iv, 10. Cod. Theod. (5, 1). L. 1, Pr., § 1, ss. *ad SC. Orphit.* (38, 17).

(3) L. 1, § 2, 8, *ad SC. Tertull.* (38, 17).

(4) Vedi Vangerow, *Pand.*, ii, § 408, nota 2.

habitura, duos partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusque eius, quae defuncta est, id est filiis filiabus eius, de cuius bonis agitur, avunculis scilicet, sive mater erit eorum, quorum commodo legem sancimus, accrescat. Haec eadem quae de avi materni bonis constituimus et de aviae maternae sive etiam paternae simili aequitate sancimus, nisi forte avia elogia inurenda impiis nepotibus iustare moratione dixerit, et hoc fuerit legibus approbatum. Non solum autem si intestatus avus aviave defecerit, haec nepotibus, quae sancimus, iura servamus; et si avus, vel avia, quibus huiusmodi nepotes erunt, testati morierint, et praeterierint nepotes aut exheredaverint eodem et de iniusto avorum testamento. Et si quae filiae peterant vel de se, vel de lite competere actiones, nepotibus deferimus secundum iustum nostrae legis modum, quae de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis (1).

Giustiniano modificò ancora questa successione, in quanto che abolì la sottrazione della quarta parte stabilita per lo innanzi a favore degli agnati.

L. ult., C. *de suis et leg. her.* (6, 55) - Quoties aliquis vel aliqua intestatus vel intestata mortuus vel mortui fuerit, nepotibus vel pronepotibus cuiuscumque sexus, vel deinceps aliis descendentibus derelictis, quibus unde liberi bonorum possessio minime competit, et insuper ex latere quibuscumque agnatis, minime possint iidem agnati quartam partem hereditatis mortuae personae sibi vindicare, sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur. Quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis servare decernimus (2).

### B. - Sistema pretorio.

### § 11. — Bonorum possessio *per la successione di un ingenuo.*

50. Sistema pretorio in generale. — 51. I. *Bon. poss. ex edicto unde liberi;* clausola de *coniungendis cum emancipato liberis.* — 52. Questione, se nella *successio unde liberi* vi fosse una *successio graduum;* opinione di Donello; confutazione. — 53. II. *Bon. poss. ex edicto unde legitimi;* modificazione apportata da Giustiniano. — 54. III. *Bon. poss. unde proximi cognati.* — 55. IV. *Bon. poss. unde vir et uxor.* — 56. Contenuto dell'*edictum successorium.*

**50.** Il sistema pretorio, come fu detto innanzi, adiuva e corregge il diritto civile, facendo pervenire la successione intestata a coloro i quali, per un principio rigoroso, erano esclusi dal diritto civile, mentre l'equità richiedeva che fossero ammessi.

Questo sistema distinse quattro classi: 1ª *unde liberi,* 2ª *unde legitimi,* 3ª *unde cognati* e 4ª *unde vir et uxor.*

**51.** I. *Bonorum possessio ex edicto unde liberi.* In questa prima classe sono chiamati i *liberi.* Sono *liberi* i *sui* e gli emancipati, o nati all'epoca della morte del padre o postumi (3).

Però gli emancipati entrano nella categoria dei successori necessari per finzione pretoria, considerandosi come non avvenuta la emancipazione. Ond'è che il significato giuridico di *liberi* riguarda i *sui heredes,* o veri o finti tali.

L'ordine della successione è determinato in analogia del diritto civile, per modo che la successione non spetta a quel discendente preceduto da un altro più vicino al defunto.

Ammessi gli emancipati, avveniva alle volte un grave inconveniente. Imperocchè si poteva verificare la ipotesi che l'emancipato avesse dei figli, che rimasero sotto la potestà del rispettivo padre ed avo al momento della emancipazione. Per tale evenienza il nipote rimasto sotto la patria potestà dell'avo addiveniva *suus* di questi. Morto l'avo erano chiamati il figlio in qualità di *liber* ed il nipote in qualità di *suus;* ciò che avrebbe importato due diverse porzioni a danno degli altri *liberi* concorrenti. A ciò provvide la *clausola Juliani de coniungendis cum emancipato liberis,* che stabilì l'emancipato e i suoi figli rimasti sotto la potestà all'avo dover succedere in una sola porzione congiuntamente, quasi formassero una sola persona.

L. 1, pr. *de coniung. cum emanc. lib.* (37, 8) - Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerint, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius, hisque dumtaxat bona sua conferat. — § 1. Hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat, et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes iure potestatis obiiciantur patri suo.

**52.** È questione, se nella successione pretoria *unde liberi* vi sia anche una *successio graduum,* cioè se, nel caso il *suus* figlio od emancipato si astiene o ripudia la eredità l'*agnitio bonorum possessionis* possa essere fatta dal nipote o pronipote.

Quest'ultima opinione è stata sostenuta con molta energia da Donello (4) ed accettata anche da qualche scrittore moderno (5).

Gli argomenti principali su cui si fonda tale opinione sono i seguenti:

La legge 1, § 10 *de successorio edicto* (38, 9) affermerebbe il principio generale della *successio graduum.*

Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

Inoltre la L. 5, § 2, *si tab. test. nul. extab.* (38, 6) confermerebbe il medesimo principio.

Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut, quod filius habiturus esset, petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis accrescat.

Lo stesso affermerebbe la L. 3, C. *unde lib.* (6, 14).

Finalmente la L. 31, pr. *de inofficioso test.* (5, 2) stabilirebbe relativamente alla querela *inofficiosi testamenti* il medesimo principio generale.

Si is qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est, et placuit, posse, et fiat successioni locus.

Su questo testo è poggiato il lungo ed importante ragionamento di Donello.

Tutti questi testi sono però insufficientissimi a dimostrare la *successio graduum* nella classe di cui parliamo. Non è estranea all'opinione testè enunciata l'idea che il diritto pretorio spostò il fondamento della successione dall' agnazione nella cognazione, avendo ammesso anche gli emancipati. Il concetto è inesatto: il diritto pretorio non deviò che in minima parte dal diritto civile; almeno per le due prime classi la base della successione è la medesima; solo furono chiamati gli emancipati alla successione del padre, ma sempre nella finzione che fossero *sui; proinde ac si in potestate parentum mortis*

(1) § 15, *Inst. de heredit. quae ab int.* (3, 1). L. 4, Cod. Theod. *de legit. hered.* (5, 1).

(2) § 16, *Inst. h. t.* (3, 1).

(3) Confr. L. 2, *si tabul. test. nullae ext.* (38, 6).

(4) *Com. iur. civ.*, lib. IX, tit. 7, § 7-11.

(5) Wening-Ingenheim, *Pand.*, v, § 151. Heimberger, *Diritto romano puro,* P. III, § 385, nota cit. Mackeldey, *Pand.*, § 662. Mayer, *Anwachsungrecht,* pag. 270.

*tempore fuissent*. Onde erano esclusi i figli dati in adozione: di qui l'obbligo degli emancipati a conferire nel patrimonio paterno quello che avevano acquistato dall'atto della emancipazione alla morte del padre, che avrebbero acquistato per il padre, se fino a quest'epoca fossero rimasti soggetti alla patria potestà di lui. Ond'è che anche per questa classe della *bonor. poss.* è applicabile la massima *in legitimis hereditatibus successio non est*. La base della successione legittima è stata messa sulla cognazione molto più tardi.

La L. 1, § 10 *de successorio edicto* è inopportunamente invocata. In quel testo, come si scorge dagli altri §§ 11-14 della medesima legge, il pretore fissò in generale la *successio ordinum*, stabilendo che, in mancanza di chiamati nel primo ordine, sono appellati gli altri seguenti parenti legittimi, come se i chiamati nel primo ordine non esistessero; e quindi si fa il dubbio nel § 11 della stessa legge, se colui che ha ripudiata la *bon. poss.* nel primo ordine o pel tempo trascorso non ha potuto *agnoscere bonorum possessionem*, possa accettarla nell'ordine susseguente in qualità di legittimo; e così via.

Nè meglio invocata è la L. 5, § 2, *si tab. test. null. extab.*, perocchè questo testo non si rapporta alla *successio graduum*, ma stabilisce per l'ipotesi dell'applicazione della clausola *de coniungendis cum emancipato liberis*, che nel caso che il figlio emancipato ripudii la *bonor. poss.*, la parte che sarebbe devoluta a lui si accresce ai nepoti, i quali erano rimasti sotto la patria potestà dell'avo, quindi erano già *liberi* o *legitimi* successori fino dalla morte dell'avo insieme al padre loro.

Quanto all'ultimo testo 31 *de inofficiosi testamenti*, certo la regola generale stabilita in questa legge e che forma, come si disse, la base del ragionamento di Donello in favore dell'opinione che combattiamo, ha tutta l'apparenza di una *successio graduum*. Ma non è così. Innanzi tutto in questo testo si tratta non della *successio* nella successione intestata, ma relativamente alla querela; e quindi sarà più minutamente esaminata la questione a suo luogo. Però, ritenendosi generalmente che la successione nella querela è regolata dalle stesse regole che nella successione intestata, il principio, che scaturisce dalla L. 31 citata, rifletterebbe anche la successione intestata.

Non abbiamo nessun dubbio di riconoscere con la maggioranza degl'interpreti antichi e moderni che nella L. in questione si tratta di una *successio ordinum* e non di una *successio graduum*.

Innanzi tutto la *querela inofficiosi testamenti* è un istituto di diritto civile, e parrebbe strano come nella successione della querela si sia tenuto un principio diverso da quello stabilito nella successione legittima, e si sia contraddetto al principio fondamentale *in legitimis hereditatibus successio non est*. Questa sarebbe una eccezione inesplicabile.

L'errore dei fautori della contraria opinione è di aver interpretata la parola *sequens*, intendendo per l'erede che segue per grado il precedente che non ha voluto o non ha potuto esperimentare la querela, mentre indica l'erede dell'ordine seguente che possa essere in grado di intentare la querela (1).

Questo è avvalorato dalla L. 9, § 2, *de lib. et post.* (28, 2).

*Paul.* Si filium exheredavero, nepotem ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Iulianus et Pomponius et Marcellus aiunt.

Nella L. 4, § 1, *de bonor. poss. cont. tab.* (37, 4) è detto da Paolo:

Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, *quia non ut nepos suus heres futurus*.

Eppure tanto nel primo che nel secondo caso stabiliti nelle due leggi citate avrebbe dovuto darsi il diritto alla *querela* o alla *bon. poss.* se avesse luogo una *successio graduum*.

Finalmente nella L. 24 Cod. *de inoff. testament.*, Giustiniano stesso afferma nella maniera più esplicita che prima di lui, il nipote, esistendo il padre, non aveva nessun diritto alla querela; che glielo concedeva solo come diritto di trasmissione dal padre quindi *ex persona patris:* il che vuol dire che non aveva diritto *ex persona propria*, quando il padre non avesse potuto o voluto istituir la querela (2).

**53.** II. *Bonorum possessio ex edicto unde legitimi.* Appartengono a quest'ordine tutti coloro che erano chiamati secondo il diritto civile, cioè i *sui* (3) (escluso l'emancipato) che si erano astenuti o pei quali era passato il termine per agnoscere la *bon. poss. unde liberi*, gli agnati e gentili. In quest'ordine non succede il *capite minutus:* la base, come nella corrispondente classe del sistema civile, è l'agnazione.

Giustiniano introdusse per questa classe la *successio graduum*.

§ 7, *Inst. de legit. agnat. success.* (3, 2) - Placebat autem in eo genere prospiciendarum hereditatum successionem non esse id est ut, quamvis proximus, qui secundum ea, quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo iure sequentes admittantur. Quod iterum praetores, imperfecto iure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis iure iis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo iuri cupientes, nostra constitutione, quam de iure patronatus humanitate ingerente protulimus, sanximus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse iis denegandam, quum satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maxime quum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente sequens succedit, et, quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

**54.** III. *Bonorum possessio unde proximi cognati.* Quest'ordine comprende tutti coloro che sono congiunti col defunto da parentela di sangue. Erano inclusi in questa classe, oltre gli altri parenti sino al sesto grado, i figli di una defunta prima del Senatoconsulto Orfiziano, e la madre di un matrimonio *sine conventione in manu mariti*, i *capite minuti*, come i figli dati in adozione, e le donne che per la legge Voconia non potevano ereditare nella classe dei legittimi *ultra consanguineitatis gradum*.

In questa classe fu ammessa sempre la *successio graduum;* quindi il parente più vicino esclude il più remoto, e quelli di grado uguale succedono tutti *per capita*. Se tutti gli appartenenti al medesimo grado rifiutano, o non curano di domandare la *bon. poss.*, questa è deferita al grado seguente.

(1) Un esempio lo si trova nella L. 14, *de inoff. test.* (5, 2).

(2) Glück, *Pand.*, VII, pag. 378 e gli scrittori antichi citati nelle note 71, 73. Mühlenbruck in *Glück*, XXXV, pag. 478; *Gluck intestaterbf*, pag. 105. Vangerow, *Pand.*, II, nota. Koch, *Bonor. poss.*, pag. 274. Franke, *Nother.*, p. 284. Leist, *Bon. poss.*, II, oblh. 1, pag. 248. Vering, *Geschichte u. Pand.*, § 252, pag. 666. Baron, *Inst ad civ. poss.*, I, § 155, pag. 308.

(3) L. 1, § 11, *de succ. edict.* (38, 6).

**55.** IV. *Bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor.* Quando ogni altro parente manca, la eredità del defunto è deferita alla moglie superstite, la quale abbia vissuto in compagnia col marito sino alla sua morte, congiunta in giuste nozze, cioè in un matrimonio non solamente *ex iure gentium.*

**56.** Nella successione di ordini introdotta dal pretore nel suo *edictum successorium*, il *suus heres* poteva concorrere alla *bon. poss.* sino nella classe *unde cognati.* E di vero, se egli avesse trascurato di *agnoscere bonorum possessionem* nell'ordine dei *liberi*, poteva essere compreso e quindi concorreva nell'ordine *unde legitimi;* e, se anche in quest'ordine avesse trascurato di domandare il possesso dei beni, poteva concorrere nella classe *unde cognati.* Imperocchè egli era sempre il più prossimo agnato nel secondo ordine, ed anche il più prossimo cognato nel terzo. Similmente l'agnato che avesse trascurato di *agnoscere bonorum possessionem unde legitimi*, poteva sempre domandarla nella classe *unde cognati*, essendo egli anche il più prossimo cognato. Questo discorso non si potrebbe fare a rigore nel caso che vi è il solo legame di agnazione senza che vi sia nel medesimo tempo il legame di sangue, come è il caso del figlio adottato, pure non è così (n. 53).

L. 4, § 1, *quis ordo* (38, 15), *Jul.*-Filius non solum, si tamquam filius, sed et si tamquam agnatus, vel tamquam cognatus ad bonorum possessionem vocatur, annuum spatium habet; sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bonorum possessionem accipiat, tamen ad bonorum possessionem accipiendam annuum spatium habet (1).

### § 12. — Bonorum possessio *nella successione di un liberto.*

57. Successione pretoria del liberto in generale; ordini di questa successione.

**57.** La successione pretoria dei liberti si modella su quella degl'ingenui:

1) Nel primo ordine sono chiamati comunemente i figli del liberto, *unde liberi. Primo gradu liberis* (2).

2) Il secondo ordine è la stessa *bonorum possessio unde legitimi. Secundo gradu legitimis heredibus* (3). Vi son compresi il patrono, la patrona e loro discendenti.

3) Lo stesso diritto alla successione del liberto, sebbene a rigore non fosse veramente tale, è dato all'estraneo manomissore, a cui sono preferite dieci persone.

§ 3. *Inst. de bon. poss.* (3, 9) - Sunt autem decem personae hae: pater, mater, avus, avia, tam materni quam paterni; item filius, filia, frater, soror, sive consanguinei, sive uterini (4).

4) Nel quarto ordine vengono i cognati del liberto, *quarto cognatis proximis* (5), e quindi vi sono compresi tutti i cognati del liberto.

5) In quarto luogo si ha l'ordine *tamquam familia* ovvero *tamquam ex familia*, il quale comprende gli agnati del patrono che tengono luogo di agnati del liberto.

6) Nel settimo è ammesso il coniuge superstite.

7) E nell'ottavo finalmente, *unde capite manumissor*, si comprendono i cognati del patrono, i quali succedono in ultimo luogo quando manchino tutti gli altri ordini di *bonorum possessores* (6).

(1) L. 2, pr. *unde legit.* (38, 7); L. I, § 11-14, *de success. edicto* (38, 9).
(2) Ulp., *Fragm.*, XXVIII, 7; § 3. *Inst. de bon. poss.*
(3) Ulp., *eod.*
(4) Gai, *Inst.*, § 27-28.
(5) § 3, *Inst.*, *eod.* Ulp., XXVIII, 7.

## II. — Successione intestata dopo la Nov. 118.

### A. — Successione dei parenti.

### § 13. — *Capacità di succedere in generale.*

58. Mutamento apportato da Giustiniano con la Novella 118.

**58.** Con la *Nov. 118* Giustiniano mutò radicalmente il sistema di successione intestata. Togliendo ogni differenza tra agnazione e cognazione, stabilì per base alla successione la parentela naturale, e chiamò alla eredità intestata tutti i parenti di sangue, sia che discendessero dal defunto, sia che fossero suoi ascendenti o collaterali. Gli agnati intanto sono alle volte presi in considerazione in quanto essi sono nel medesimo tempo cognati.

Quindi, perchè una persona possa essere chiamata alla successione intestata di un defunto, conviene che si trovi parente, in generale in una di quelle tre linee, ed in concreto che faccia parte dell'ordine, secondo sarà veduto in seguito.

È inutile dire che il successore chiamato dev'essere nato o almeno concepito al momento della morte.

Si è mosso il dubbio se, anche secondo la *Nov. 118*, bisogni che il successore sia concepito al momento della morte.

Nel diritto anteriore alla *Nov. 118*, chi non era stato concepito all'epoca della morte, non poteva essere ammesso neppure alla *bon. poss. unde cognati.*

L. 6, pr. *de suis et legit. hered.* (38, 16) - *Julian.* .... Qui post mortem avi sui concepitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres, neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit (7).

Questo stato del diritto non fu mutato dalla *Nov. 118*, la quale tolse la preferenza degli agnati sui cognati, e fondò la successione sulla base della cognazione. Quindi, anche secondo l'ultimo diritto giustinianeo, si deve negare la capacità a chi non era ancora concepito al tempo della morte (8).

### § 14. — *Successione dei figli adottivi.*

BIBLIOGRAFIA.

Schmidt, *Adoption*, § 59. —Löhr, Const. 50, *Cod. de adoption. Magazin d. Grolwann*, III, 11. — Mühlenbruch *in Glück, Pand.*, XXXV, pag. 173, 11. — Vangerow, § 442. — Arndts, *Civil. Schrift.*, II, pag. 42, ss.

59. Successione dell'adottato rispetto alla famiglia naturale; successione anteriore alla legislazione giustiniana; distinzione in *adoptio plena* e *minus plena ;* conseguenze rispetto alla successione. — 60. Diritto di successione del figlio dato in adozione rispetto alla famiglia naturale; rispetto alla madre; rispetto al padre; modificazione dopo la riforma giustinianea. — 61. Questione se il figlio dato in *plena adoptio* può far parte della successione del padre naturale nella forma di *bon. poss. unde liberi;* opinioni diverse; nostra opinione. — 62. La medesima questione sulla influenza della Nov. 118 nella successione degli adottivi. — 63. Successione degli ascendenti rispetto al figlio adottato; disaccordo tra gl'interpreti.

**59.** I figli dati in adozione hanno due famiglie, una civile, naturale l'altra. Quindi esamineremo prima il

(6) § 3, *Inst. eod.* Ulp., *Fragm.*, *eod.*
(7) L. 7, 8, *eod.*, § 8, *Inst. de hered. quae ab int. defer.* (3, 1); L. 1, § 8, *unde cogn.* (38, 8)
(8) Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 619. Lo stesso *in Glück, Pand.*, XXXIX, pag. 460. Puchta, *Pand.*, § 450.

diritto dell'adottato rispetto alla famiglia civile, e poi relativamente alla famiglia naturale.

**A. - Successione rispetto alla famiglia civile.**

La successione del figlio adottato ha subito molte modificazioni nei diversi tempi.

*1*) Secondo il diritto anteriore a Giustiniano il figlio dato in adozione era considerato nel numero dei *sui* del padre civile, quindi era chiamato alla successione *ab intestato* nell'ordine dei *sui*, o nella classe *unde liberi*, se si trattava della *bonorum possessio*.

L. 2, § 3, *de suis et leg. hered.* (38, 16), *Ulp.* - Parvi autem refert, agnatus hic, nativitate, an adoptione sit quaesitus; nam qui adoptatur iisdem fit agnatus quibus pater ipsius fuit, at legitimam eorum hereditatem habebit.

La finzione che il figlio adottato dev'essere considerato come se fosse nato dallo stesso padre adottivo fa sì che, rispetto a questi, il figlio in adozione è considerato come cognato; quindi egli, secondo i principî dell'editto successorio, potrebbe domandare la *bonor. possessio unde proximi cognati*, se avesse trascurato di dimandarla negli altri due ordini precedenti.

L. 1, § 4, *unde cognati* (38, 8), *Ulp.* - Cognationem facit etiam adoptio; etenim quibus fiet agnatus hic, qui adoptatus sit, iisdem etiam cognatus fiet; nam ubicumque de cognatis agitur ibi sic accipiemus, ut etiam adoptione cognati facti contineantur. Evenit igitur, ut is, qui in adoptionem datus est, tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat, quam in familia adoptiva nanciscatur; sed eorum tantum cognationem in adoptiva familia nanciscatur, quibus fit agnatus, in naturali autem omnium retinebit.

Il sistema antico quanto all'adozione poteva produrre un grave inconveniente. Poteva avvenire che l'adottato fosse emancipato dal padre adottivo dopo morto il padre naturale, ed allora non poteva succedere più al padre naturale già morto, e la cui eredità era stata divisa tra i *sui* suoi fratelli, mentre egli era ancora in adozione; non poteva essere in nessun modo ammesso alla successione del padre civile, non essendo verso di lui, finita l'adozione, nè agnato e nè cognato: egli dunque si trovava senza la successione dell'uno e dell'altro.

L. 10, Cod. *de adopt.* (8, 48) - ... Si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationem modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat, neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena privata familia constitutus, neque contra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exceptus est.

Ad evitare questo pericolo, e perchè il figlio adottato fosse del tutto sicuro almeno del diritto ereditario verso l'una o l'altra famiglia, Giustiniano apportò una modificazione all'antico sistema distinguendo l'adozione in *plena et minus plena*. La prima forma, detta *plena*, appunto perchè portava tutti gli effetti dell'antica *adoptio*, fu limitata ad alcuni casi determinati, quando cioè il figlio fosse stato dato in adozione ad un ascendente, quindi all'avo si paterno che materno.

La *minus plena adoptio* riguardava il caso ordinario della *datio in adoptionem* ad un estraneo o a chiunque altro non fosse l'ascendente.

*L'adoptio plena* solamente, come l'adozione antica, aveva per effetto la *capitis deminutio minima;* il figlio adottato perdeva tutti i diritti della famiglia naturale, ed acquistava quelli della civile, sicchè diventava agnato non solo del padre adottivo, ma ancora degli agnati di costui. Ond'è che, come il figlio naturale dell'adottivo, acquista il diritto di *suus* rispetto ad esso padre adottivo, ed il diritto della successione legittima rispetto agli agnati di costui.

L. 10, Cod. *de adopt.* - .... Si vero pater naturalis avo paterno filii sui, vel si ipse fuerit emancipatus, etiam avo paterno vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura, manet stabile ius patris adoptivi et naturali vinculo copulatum, et legitimis adoptionis modo constrictum. Et ad eum solum respiciat filius qui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem assignavit.

Nell'adozione meno piena restano intatti i diritti della famiglia naturale, come se non fosse avvenuta l'adozione. Quindi, non avendo tale adozione per effetto la *capitis deminutio minima*, rimangono per l'adottato inalterati i diritti di successione rispetto alla famiglia naturale, acquistando però egli, rispetto al padre adottivo, e solo rispetto a lui, i diritti di successione *ab intestato*.

L. 10, § 1, Cod. *de adopt.* - ... Sed siquidem remaneat in tali adoptionem, nulla interveniente emancipatione, in hoc tantummodo prodesse ei volumus adoptionem, ut non successione ab intestato patris extranei adoptivi defraudetur.... Et ideo sancimus, etsi habeat huiusmodi filius iura integra natura, tamen si intestatus pater extraneus adoptivus decesserit, habere eum etiam sui heredis ius ad eius tantummodo successionem, et non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeant, sed quasi extraneus, ita ad illam familiam inveniatur.

Il padre estraneo adottivo non ha un diritto di successione reciproco, nè ha l'obligo di istituire o diseredare il figlio adottivo. Tutto ciò, che a costui è lasciato nel testamento, è a titolo di liberalità, non di diritto legittimo. Quindi il diritto dell'adottato rispetto al padre adottivo si limita alla successione *ab intestato*.

L. 10, § 1. Cod. *de adopt.* - ... Licentiam damus tali adoptivo patri, id est extraneo, si voluerit, nihil ei testamento suo relinquere, sed, quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit, non legitimo vinculo adstrictum (1).

I diritti di successione del figlio adottato rispetto al padre adottivo si estinguono cessata l'adozione, cioè con l'emancipazione. La morte del padre adottivo o del figlio non scioglie i vincoli di adozione, come la morte del padre di famiglia non fa cessare l'agnazione.

L. 13, *de adopt.* (1, 7), *Papin.* - In omni fere iure, finita patris adoptivi potestate, nullo ex pristino retinetur vestigium; denique et patris dignitas quaesita per adoptionem, finita ea, deponitur.

Il diritto della successione intestata del figlio rispetto al padre adottivo rimase inalterato, così come fu determinato da Giustiniano, anche dopo la *N. 118*.

Se, per eccezione, è fatta speciale concessione alla donna di adottare, si stabilisce un diritto reciproco di successione tra madre e figlio adottivo. Tale diritto si estende ai discendenti del figlio, ma non ad altri parenti di lui e della madre adottiva.

L. 5, C. *de adopt.* (8, 48) - Mulierem quidem, quae nec suos filios habet in potestate arrogare non posse certum est. Verum quoniam, in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis vice legitimae sobolis obtinere, annuimus votis tuis secundum ea, quae adnotavimus, et eum perinde, atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus.

**B. - Successione rispetto alla famiglia naturale.**

**60.** Quanto al diritto di successione del figlio dato in adozione rispetto alla famiglia naturale nel diritto

(1) § 2, *Inst. de adopt.* (1, 11).

antico, il figlio dato in adozione rimaneva cognato rispetto alla famiglia naturale, perocchè il vincolo di cognazione, essendo naturale, non può essere alterato dall'adozione.

Rispetto alla madre, nell'antica *adoptio* era considerato sempre come un cognato, e quindi poteva pretendere la *bon. poss. unde cognati;* dopo il SC. Orfiziano il figlio naturale serbava, anche seguita l'adozione, i suoi diritti successori rispetto alla madre.

Nei rapporti poi col padre naturale, avvenuta l'adozione e quindi la *capitis deminutio minima*, il figlio perdeva i diritti civili di successione rispetto al padre naturale, e poteva solo essere ammesso alla *bon. possessio unde proximi cognati.*

Eccezionalmente il figlio adottato era ammesso alla *bonorum possessio unde liberi.* E propriamente:

*1)* Quando il figlio era stato dato in adozione all'avo paterno.

L. 3, § 8, *de bon. poss.* (37,4), *Ulp.* - Idemque est et si emancipatus filium, quem post emancipationem quaesierat, patri suo in adoptionem dederit et decesserit, nam et hic nepos iste ad bonorum possessionem patris sui admitti debet, *quasi non sit in alia familia* (1).

2) Se qualcuno, dopo aver emancipato il figlio, si fa arrogare, padre e figlio trovandosi in due famiglie diverse, non vi può essere successione legittima, nè *bon. poss. unde liberi* del figlio nella eredità del padre; pure questa fu ammessa per la equità.

L. 17, *de bon. poss. contra tab.* (37, 4), *Ulp.* - Si pater se dederit in adoptionem, nec sequatur eum filius, emancipatus ab eo autem factus, quia in aliena familia sit pater in alia filius, bon. poss. contra tabulas non potest filius eius habere et ita Iulianus scripsit. Marcellus autem ait, iniquum sibi videri, excludi eos a bonorum possessione, quum pater se dedit in adoptionem; ubi enim filius non datur in adoptionem et pater se dat, nullum patrem filio assignat: quae sententia non est sine ratione.

**61.** Dopo la riforma giustinianea si ha che:

*a)* Il figlio dato in adozione ad un estraneo, ossia il *minus plene adoptatus*, non perde alcun diritto rispetto alla famiglia naturale, essendo considerato come se l'adozione non fosse avvenuta.

L. 10, Cod. *de adopt.* - ... Quum ad extraneum patrem filius per adoptionem transfertur maneant integra iura, sive ad de inofficioso testamento querelam, sive ad alias omnes successiones sive ab intestato, sive ex textamento.

*b)* Il *plene adoptatus* perde i diritti rispetto alla famiglia naturale, rimanendo un cognato come nell'antico diritto.

Questo punto è molto controverso, quantochè si crede da alcuni scrittori che con la L. 10, Cod. *de adopt.* il figlio *plene adoptatus* perde qualunque diritto, rispetto al padre naturale, perchè le parole dalla legge 10 cit. *Et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem adsignavit*, escluderebbero qualunque successione legittima, civile o pretoria che sia, del figlio rispetto al padre naturale (2).

La comune opinione si è pronunziata contro tale limitazione; e con ragione. Imperocchè questa innanzi tutto non sarebbe conforme allo spirito della riforma giustinianea. Giustiniano con la duplice partizione dell'adozione volle evitare un inconveniente ed assicurare l'adottato contro i possibili pericoli. Ora Giustiniano, volendo migliorare la condizione degli adottati in genere, avrebbe peggiorata quella di coloro ch'erano adottati dall'avo paterno. Ed in effetti, mentre ai *minus plene adoptati* era assicurata l'eredità dei due padri, civile e naturale, al *plene adoptatus* si sarebbe tolta la *bon. poss. unde liberi* nel caso già veduto. In altri termini migliorando la condizione del figlio dato in adozione all'estraneo, avrebbe peggiorata quella dell'adottato dall'avo paterno. Ciò che certamente non poteva essere nella intenzione del legislatore.

La modificazione legislativa apportata da Giustiniano riflette il *minus plene adoptatus.* Egli volle evitare che l'adottato non si trovasse nella dura condizione di restare senza l'eredità del padre civile e senza quella rispetto al padre naturale. Ed il pericolo era maggiore per chi era dato in adozione ad un estraneo; perocchè l'adottato dall'ascendente, trovandosi rispetto al padre adottivo in qualità di figlio adottivo ed in qualità di cognato, non poteva correre lo stesso pericolo (*in una persona concurrunt et naturalia et adoptionis iura).* Quindi per costui potevano rimanere le antiche conseguenze dell'adozione: perciò il legislatore lasciò integro il diritto antico.

Nostra autem constitutione exceptus est, quem parens naturalis adoptandum susceperit; utroque enim iure, tam naturali quam legitimo, in hanc personam concurrente, *pristina iura tali adoptioni servavimus* (3).

E se Giustiniano, nelle parole seguenti a quelle or ora citate, pare voglia concentrare tutto il diritto del pieno adottato nell'eredità del padre adottivo (*et non patris naturalis successionem molestare concedatur*), non ha fatto altro che ricordare gli effetti dell'antica *adoptio*, per cui il figlio dato in adozione perdeva con l'agnazione i diritti successori del padre naturale ed acquistava esclusivamente quelli della famiglia civile. Ma da ciò non si può menomamente inferire che Giustiniano abbia abolito la *bonorum possessio* dallo stesso pienamente adottata come era nel diritto antico generalmente nella classe *unde cognati*, e quando si era adottata dall'avo paterno nella classe *unde liberi.*

Ad ammettere la opinione avversa non si potrebbe fare a meno di notare una grande negligenza da parte dei compilatori delle Pandette. La costituzione che riforma l'adozione (4) fu emanata nell'anno 530, cioè prima della compilazione delle Pandette; ora se questa costituzione avesse voluto, determinando il diritto di successione del figlio adottato dall'avo paterno, abolire la *bonorum possessio unde liberi* che il diritto antico gli riconosceva, sarebbe stata una somma negligenza della commissione delle Pandette, di avere accolto in questa, che insieme al Codice formano un'unica legislazione, quei testi che un tale diritto affermano (5). Ciò non è nelle regole della buona interpretazione.

**62.** Questa quistione si riproduce quando si domanda, se dopo la Nov. 118 il pienamente adottato può essere chiamato alla successione del padre naturale nell'ordine dei discendenti.

Come si disse, Giustiniano, con la Nov. 118, cambiando radicalmente la base della successione, togliendo di mezzo qualunque distinzione tra agnazione e cognazione, volle che alla successione intestata di un defunto fossero chiamati i parenti naturali: discendenti, ascendenti e collaterali.

(1) L. 3, § 7; L. 21, § 1, *eod.*

(2) Puchta, *Pand.*, § 454. Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 633, nota 4; lo stesso *in Glück*, XXXV, pag. 173. Büchel, *Streitfragen*, pag. 41, ss.

(3) § 14, *Inst. de her. quae ab int.* (3, 1).

(4) L. 10, Cod. *de adopt.*

(5) L. 3, § 8, *de bon. poss. contr. tab.* innanzi riprodotta; L. 3, § 7; L. 14, § 1; L. 21, § 1, *eod.*

Ora si chiede: è modificato con questo nuovo sistema il diritto di successione del figlio adottato rispetto al padre naturale?

Quanto al *minus plene adoptatus* non è questione, che il diritto di successione sia rimasto, dopo la novella, quale fu determinato dalla L. 10, Cod. *de adoptionibus*.

Rispetto poi al pienamente adottato, come si disse, si rinnova la quistione.

La *communis opinio* ritiene che il *plene adoptatus* erediti tuttora dal padre naturale nel primo ordine, come qualunque altro discendente.

Altri come il Löhr (1) ed il Puchta ammettono che l'adottato pienamente (2) erediti dal padre naturale, ma nel quarto ordine.

Infine il Mühlenbruch (3) nega al pieno adottato e all'arrogato secondo la Novella qualunque successione intestata rispetto al padre naturale.

Anche in questa questione bisogna pronunciarci per la comune opinione, respingendo le due altre.

Come abbiamo innanzi notato il diritto pretorio, concedeva all'adottato dall'avo paterno la *bon. poss. unde liberi* nella successione del padre naturale. Sostenere ora che la Nov. 118, legge equa quanto altra mai, cancellando le antiche divisioni e fondando la eredità intestata sui legami di parentela naturale, abbia voluto togliere al pienamente adottato il diritto concessogli dal pretore, è sostenere cosa molto illogica.

Nè vale il dire, che nell'antico diritto l'adottato non era compreso tra i *liberi* nel giuridico significato della parola, ma tra i discendenti cognati, epperò che tranne il caso dell'adozione fatta dall'avo paterno, gli adottati erano chiamati dal diritto pretorio nel 3° ordine *unde cognati;* imperocchè, avendo Giustiniano tolta la distinzione tra agnati e cognati, non si ha più dopo la sua Novella nè *sui* nè *liberi* propriamente detti, ma sono chiamati alla successione in primo ordine tutti i discendenti.

In omnibus successionibus agnatorum et cognatorum differentiam cessare volumus, sive propter foemininam personam, sive propter emancipationem vel *alium quemlibet modum* in prioribus legibus tractata fuerit.

Ond'è chiaro che, se per l'arrogazione e l'adozione in generale, alcuni discendenti, in ossequio alle antiche distinzioni furono messi tra i cognati ed altri rimasero tra gli agnati o *sui* o finti tali, *liberi*, tolta di mezzo questa differenza, si avrà l'ordine dei discendenti composto senza distinzione.

È inutile osservare che la Nov. 118 non stabilisce una nuova parentela, ma riforma l'ordine della successione, epperciò, secondo la opinione avversa, che, non essendo gli adottati pienamente compresi tra i *liberi* prima della Nov., non possono essere compresi dopo la Nov. tra i discendenti del primo ordine. Qui si confonde senza criterio giuridico il significato delle parole *liberi* e *descendentes*. I *liberi* hanno un significato molto limitato, essi non indicano tutti i figli generati da una persona, ma solo quelli che, per finzione, possono essere considerati *sui* della medesima.

Il primo ed il secondo ordine della *bon. poss. intestati* sono poggiati sulla parentela civile; stante che i *liberi* sono per finzione pretoria supposti sotto la patria potestà del padre. Ora, tolta di mezzo l'agnazione, nel primo ordine di successione intestata devono necessariamente essere compresi quelli che discendono per generazione, per legame di sangue; e da questi non si possono in nessun modo escludere gli adottati, siano essi pienamente o meno pienamente tali. L'emancipato stesso prima del diritto pretorio, era un discendente, ma cognato, e come tale escluso dalla successione del padre suo: quando sorse il concetto del *liber* per la finzione pretoria, egli fu chiamato nel primo ordine della successione pretoria, mentre altri discendenti che rimasero cognati, come gli adottati, restarono esclusi, ma non per questo erano meno discendenti. Ora, tolta di mezzo la distinzione tra agnati e cognati, tutti nella qualità di discendenti, secondo la Nov. 118, sono chiamati nel primo ordine di successione rispetto al padre naturale.

Nè merita lunga confutazione la dottrina che vorrebbe chiamare l'adottato pienamente nell'ultimo ordine di successione a similitudine della *classe unde cognati* del diritto pretorio. Imperocchè, indipendentemente dalle ragioni anzidette, nel quarto ordine giustinianeo vi sono chiamati i collaterali, non i discendenti. Ora chi vorrebbe considerare l'adottato pienamente come collaterale del padre naturale?

In conclusione la Nov. 118, lungi dall'escludere il pienamente adottato dalla successione del padre naturale, ne migliora la condizione, perchè, sia egli adottato dall'avo paterno sia dall'avo materno, è chiamato nell'ordine dei discendenti all'eredità intestata del padre suo (4).

**63.** Per ciò che concerne la successione degli ascendenti rispetto al figlio adottato neppure sono di accordo gl'interpreti.

Qualcuno crede, che nella successione del figlio adottato non lasciante discendenti, il padre naturale debba escludere il padre adottivo (5).

Altri invece opinano, che il padre naturale debba essere escluso e che invece vi concorra la madre naturale col padre adottivo (6).

Da tutto quello, che abbiamo detto rapporto ai figli adottivi, risulta che nell'ultimo stato della legislazione non si può escludere in nessun modo il padre naturale; e quindi riconosciamo anche qui, come più conforme alle regole della successione giustinianea, l'opinione comune, la quale ammette, nella successione del figlio adottato, la concorrenza dei genitori naturali con il padre adottante (7).

### § 15. — *Successione dei figli illegittimi.*



**64.** I. I figli naturali hanno solo la madre, seguono la condizione di lei, anche fosse il padre conosciuto, come avviene pei figli nati da un concubinato. Per la qual cosa rispetto alla madre essi hanno un pieno diritto di successione secondo il Senatoconsulto Orfiziano prima, e nella classe dei discendenti dopo la legislazione ultima giustinianea, come se fossero figli nati da matri-

(1) *Magazin di Grolmann*, III, 11.

(2) *Vorlesung.*, II, pag. 307.

(3) Mühlenbruch *in Glück*, XXX, pag. 173. Confr. *Glück*, IV, § 633.

(4) Vedi Glück, *Intestaterbfolgen*, § 158-159. Thibaut, *Civil. Abhandl.*, pag. 115. Syst, § 875. Schmidt, *Die Lehre, v. Adopt.*, § 59. Büchel, *Streitfrag.*, pag. 18. Arndts, *Civ. Schrift.*, II, pag. 50. Vangerow, *Pand.*, II, § 412, nota I-II. Sintenis, *Pract. Civil.*, III, pag. 118, nota 55. Mackeldey, *Pand.*, § 616. Windscheid, § 571, nota 10, ecc.

(5) Löhr, loco citato.

(6) Mühlenbruch *in Glück*, loco cit., pag. 225.

(7) Vedi in generale gli autori innanzi citati.

monio, anche se vi fossero figli legittimi, perchè concorrono con questi come se tutti fossero nati da matrimonio. E viceversa la madre e gli ascendenti di essa hanno un diritto di successione sul patrimonio del figlio illegittimo, come se fossero ascendenti legittimi.

Giustiniano fece una eccezione per la donna illustre che avesse anche figli legittimi. Essa non poteva essere ereditata dai suoi figli naturali.

L. 5, C. *ad SC. Orphit.* (6, 57) - Si quae illustris mulier filium ex iustis nuptiis procreaverit et alterum spurium habuerit, cui pater incertus sit, quemadmodum res maternae ad eos perveniant, sive tantummodo ad liberos iustos, sive etiam ad spurios, dubitabatur. Sancimus itaque, ut neque ex testamento, neque ab intestato, neque liberalitate inter vivos habita, iustis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat, quum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus constitutis observatio praecipuum debitum est, et nominari spurios satis iniuriosum satisque acerbum et nostris temporibus indignum esse iudicamus, et hanc legem ipsi pudicitiae, quam semper colendam censemus, merito dedicamus. Sine autem concubina liberae conditionis constituta filium vel filiam ex licita consuetudine ad hominem liberum habita procreaverit, eos etiam cum legitimis liberis ad materna venire bona, quae iure legitimo et in suo patrimonio possidet, nulla invidia est.

Sono esclusi i figli naturali procreati *ex nefario* o *damnato coitu*, i quali non hanno rispetto alla madre alcun diritto alla successione.

Chi siano costoro, se tutti i figli illegittimi, esclusi i naturali, cioè i figli adulterini incestuosi, nati da bigamia ed i *vulgo quaesiti*, ovvero qualcuno di questi illegittimi, non è perfettamente chiaro.

La espressione dei testi si presta alla interpretazione più vasta.

La *Novella 12*, § 1, si esprime con queste parole:

Si quis illicitas et contrarias naturae, quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat, contraxerit nuptias, ecc.

La *Nov. 74*, cap. 6, dice:

Eos enim qui semel ex odibilibus nobis, et propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque partecipanda eis nulla clementia est.

Infine la *Nov. 89*, cap. 15, così si esprime:

Primum quidem omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.

Dal complesso di tutte queste espressioni si rileva, che i figli illegittimi esclusi dalla successione anche della madre sono quelli nati da unioni condannate dalle leggi. E quindi non solo i figli incestuosi, ai quali si vorrebbe limitare la disposizione da qualche recente scrittore (1), ma ancora i figli nati da adulterio e da bigamia sono esclusi dalla successione sì del padre che della madre (2).

**65.** II. Rispetto al padre il figlio illegittimo non ha alcun diritto di successione. Giustiniano ne diede a lui uno limitato, quando fosse stato procreato in concubinato e la concubina fosse vissuta sempre nella casa. In questa ipotesi il figlio naturale, insieme alla madre, concorre per una sesta parte (3). Ciò però quando il padre non avesse nè moglie legittima, nè figli da matrimonio.

Questo diritto è speciale, e risulta non dai rapporti di parentela riconosciuta generalmente dalle leggi, ma si deve ritenere come una speciale concessione fatta dal principe. Per la qual cosa mal si appongono alcuni interpreti nel volere conceder al figlio naturale anche la successione necessaria, sol perchè per essi era stato, in qualità di *filii*, riconosciuta la qualità di eredi *ab intestato*. La successione necessaria col diritto di essere istituito erede e della porzione legittima è poggiata esclusivamente sulla parentela legittima (4).

Se poi il padre naturale muore lasciando moglie e figli legittimi, i figli naturali hanno diritto solo agli alimenti.

Viceversa è assicurato al padre naturale un diritto di successione egualmente limitato ad una sesta parte sul patrimonio del figlio naturale defunto.

**66.** III. Infine, se i figli naturali vengono in seguito legittimati, essi sono parificati completamente ai figliuoli legittimi (5).

Solo per la legittimazione *per oblationem curiae* fu ammessa la limitazione, ch'essa creava un diritto di successione tra il padre ed il figliuolo legittimato senza che si estendesse ai parenti del primo (6).

**Ordini della successione intestata secondo la N. 118.**

§ 16. — *In generale.*

67. Ordini della successione intestata secondo la *Nov. 118*. — 68. Diritto di rappresentanza; in che consiste secondo alcuni interpreti; se i nipoti discendenti o collaterali succedono *iure praedefuncti parentis* o *iure proprio*; opinioni diverse. — 69. Quale sia la vera natura del così detto diritto di rappresentazione; come era concepito nell'antico diritto romano.

**67.** Con la Nov. 118, come si disse, Giustiniano fondò la successione sulla base della parentela naturale. Egli stabilì quattro ordini:

1° Discendenti. Vi sono compresi figli e figlie, nipoti ed altri discendenti di ogni grado. Fra i diversi grad di discendenti il più prossimo esclude il più remoto; nel senso che il secondo non succede, finchè vive la persona intermedia tra il defunto ed il discendente dal secondo grado, e così di seguito. I discendenti di secondo o di grado posteriore prendono il luogo del predefunto genitore.

2° Ascendenti, fratelli e sorelle germane, figli e figlie loro. Tra gli ascendenti il più prossimo esclude il più remoto. I nipoti figli di fratelli e sorelle prendono il posto del loro genitore, in caso questi premuoia al fratello o alla sorella.

3° Fratelli e sorelle *ex uno latere*, cioè consanguinei ed uterini, e figli e figlie loro come nell'ordine precedente.

4° Finalmente sono chiamati tutti gli altri parenti collaterali; in guisa che il grado più vicino escluda il più remoto.

I quattro ordini sono espressi nei seguenti versi.

Descendens omnis succedit in ordine primo
Ascendens propior, germanus quoque filius eius

(1) Vangerow, II, § 413, nota 2. Windscheid, *Pand.*, § 571, num. 13, 14.

(2) Voet, lib. 38, tit. 17, § 9. Rittershusius, *Exposion. Nov.*, VIII, c. 8. Koch, *Succ. ab. int.*, § 35. Conf. Mühlenbruch *in Glück*, XXXV, pag. 158. Ankelmann, *De success. ab intest. lib. natur. et spr. in bon. mat. eiusque collatae*, Göt. 1764. Franke, *Das Recht der Notherb.*, pag. 179. Rosshirt, *Erbr.*, pag. 221. Windscheid, *Pand.*, III, § 571, n. 13, 14.

(3) *Nov. 18*, cap. 5.

(4) Mühlenbruch, loc. cit.

(5) L. 10, C. *de nat. lib.* (5, 27). Nov. 89, cap. 8.

(6) Nov. 89, cap. 4. L. 9, C. *de lib. nat.* (5, 27).

Tunc a latere ex uno frater, quoque filius eius
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Di questi diversi vocati alla successione di una persona alcuni succedono *per capita*, altri *per stirpes*, come i nipoti discendenti e i nipoti figli di fratelli e sorelle germani e consanguinei ed uterini, quando essi ricevono quella stessa porzione che avrebbe ricevuto il loro predefunto genitore, se non fosse premorto al defunto.

**68.** Di qui il così detto diritto di rappresentanza tanto discusso e disputato specialmente tra gli scrittori moderni. Si usa questa espressione per dinotare il fatto che, quando nella successione di una persona un figlio o un fratello di essa sia a lei premorto, i suoi figli nipoti del defunto, che si eredita, prendono una sola porzione, e propriamente quella che avrebbe ottenuto il padre loro se fosse stato in vita ed avesse ereditato il padre od il fratello.

Ora il diritto di rappresentazione fa supporre che tali nipoti discendenti e collaterali non succedano *iure proprio*, ma *iure praedefuncti parentis*, quasi fosse un diritto loro trasmesso dal padre predefunto.

Gli antichi interpreti affermavano che tutti i nipoti erano chiamati alla eredità dell'avo e degli zii non *iure proprio*, ma *iure praedefuncti parentis*, insomma come rappresentanti del loro genitore premorto e non per diritto di vocazione propria.

Conseguentemente a tal maniera d' intendere la rappresentanza si affermava, che potevano in questo modo ereditare:

1° Quando lo stesso predefunto parente fosse stato egli stesso capace di succedere;

2° Quando questi nipoti fossero diventati effettivamente eredi del loro genitore; sicchè non avrebbero potuto ereditare il loro avo, se avessero rinunziato alla eredità del premorto;

3° Doveano imputare nella loro porzione legittima, tutto quello che il predefunto avrebbe imputato, se fosse pervenuto alla successione.

4° Finalmente dovevano conferire tutto ciò che il predefunto avrebbe dovuto conferire (1).

Altri ha fatto la seguente distinzione. Quando i nipoti discendenti e collaterali, concorrono coi figli o coi fratelli del defunto, ossia con eredi di grado più prossimi, succedono *iure repraesentationis*; quando invece concorrono da soli tra essi che sono di grado eguale, allora essi succedono *iure proprio.*

Più recenti interpreti hanno fatta un'altra distinzione, considerando un tale diritto di rappresentazione rispetto al diritto successorio o rapporto alla divisione dell' eredità. Quanto alla divisione della eredità, succedono per rappresentazione tanto i nipoti discendenti, quanto i nipoti collaterali: e la rappresentazione consiste in ciò che i rappresentanti non ricevono dippiù di quello che avrebbe ricevuto il premorto genitore; che obbliga pertanto alla imputazione della porzione legittima ed al conferimento di quello che il premorto era tenuto ad imputare o a conferire. Quanto poi al diritto di rappresentanza rispetto alla eredità, questo riguarda solo i nipoti collaterali, i quali solamente e non gli altri, devono avere ereditato il padre all'epoca della sua morte, e dev'esser stato il padre stesso capace ad ereditare (2).

**69.** Il diritto di rappresentazione, inteso a questo modo, è mal ideato e messo su falsi presupposti. Il suo fondamento non può essere il diritto del figlio o del fratello ad ereditare dal padre o dal fratello trasmesso ai propri discendenti, i quali erediterebbero perchè investiti dal padre loro di tale diritto. Se così fosse, e bisogna ciò ammettere per dare un certo significato alla parola *rappresentazione*, i nipoti sia *ex filio* sia *ex fratre* non erediterebbero mai; perchè il loro genitore premorto al defunto, della cui eredità si tratta, non aveva ancora acquistato diritto alla successione del padre suo, essendo ancora vivente all'epoca della morte di lui. Ora, se non aveva acquistato diritto, che ha trasmesso ai suoi discendenti? Qual'è il *ius parentis* che i nipoti vengono a far valere, se tale *ius* non era stato mai acquistato? Altrimenti bisognerebbe dimenticare il principio che *viventis hereditas non datur*, ed ammettere la trasmissione del diritto di un vivente.

Alcune espressioni della Nov. 118 han dato luogo a creare questo diritto.

*Nov. 118*, c. 1 -..... sictamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in *proprii parentis locum* succedere..... Tantum de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus.

Nel testo citato non v'è altro che due espressioni che hanno dato luogo a questa dottrina della rappresentazione; l'una: *in locum praedefuncti parentis*, e l'altra *tantam accipientes partem*, *quantam eorum parens, si viveret, habuisset;* le quali espressioni non vogliono dire altro se non che il nipote, nella divisione dell'eredità, prende quello che avrebbe ricevuto il suo genitore se vivesse; in altri termini ha luogo la successione per *stirpes*. Ma da questo diritto di rappresentazione, con i principii che gli si vogliono riconoscere, — cioè che i nipoti non potrebbero ereditare, se non avessero ereditato il loro predefunto genitore o questi non fosse stato, mentre era in vita, capace di succedere — è completamente estraneo alla mente del legislatore.

Nè le espressioni che esaminiamo sono nuove e tali da potersi inferire, che simile diritto di rappresentazione è una nuova creazione di Giustiniano. Imperocchè nel diritto antico si trovano le medesime espressioni, in rapporti simili, senza che quei principii, che si sono voluti ricavare, sieno in nessuna maniera fondati.

§ 15, in fin. *Inst. de hered. quae ab intest.* (3, 1) - Et quemadmodum lex duodecim tabularum filio mortuo nepotes, pronepotes, vel proneptes *in locum patris sui* ad successionem avi vocat, ita et principalis dispositio *in locum matris* suae vel aviae eos cum iam *designatae partis tertiae* deminutione vocat.

È, come si vede, la dottrina della successione in *stirpes* che si fonda, ma non oltre questo, cioè il conseguimento da parte dei figli della medesima porzione che avrebbe avuto il genitore venuto a mancare prima della morte di colui, della cui eredità si tratta. Ed in vero, secondo il diritto civile antico vi era luogo a chiamare il nipote alla successione dell'avo in *locum praedefuncti parentis*, senza che egli avesse potuto ereditare il predefunto genitore.

Supposto adunque che il figlio *suus* premuore al padre e vi esistono altri *sui* e nipoti dal predefunto *suus*, questi ultimi erano chiamati alla successione dell'avo in *locum praedefuncti patris sui*, sebbene poi alla morte di questo *suus*, essi nipoti non potevano ereditare dal padre, essendo costui morto da *filiusfamilias*.

(1) Normann, *De iure repraesentationis*, 1828, § 2, 16.

(2) *Glück Intestaterbf.*, § 23. Confr. Büchel, *Streilfag*, 217.

Avveniva per conseguenza la successione per *stirpes*.

Ulp., *Fragm.*, XXVI, 2 - Si defuncti sit filius et *ex altero filio nepos unus* vel *etiam plures*, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, sed in *stirpes*; id est ut filius solus mediam partem habeat, et nepotes, quotquot sunt, alteram dimidiam; aequum est nepotes *in patris sui locum* succedere et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset (1).

Ecco in Ulpiano le due espressioni della Nov. 118 di Giustiniano, senza che questi nipoti potessero ereditare il padre loro morto da *filius familias*.

Supposto il caso che il *filius suus* fosse stato emancipato, e fossero rimasti i suoi figliuoli sotto la patria potestà dell'avo, nella successione antica i nipoti, addivenuti *sui* dopo la emancipazione del padre, lo escludono; ed anche in questo caso i nipoti, se vi fossero altri *sui* più prossimi al defunto sono chiamati in *locum patris sui*, o, secondo l'espressione degli avversari, rappresentano il padre loro. Eppure in tal caso non si riscontrano quelle condizioni che gli avversari riconoscono, perchè i nipoti rappresentino il padre. Imperocchè nel caso proposto, secondo le antiche leggi, nè l'emancipato figlio (che sarebbe il rappresentato) sarebbe capace di succedere civilmente al padre, perchè con la emancipazione perdeva i diritti di agnazione e quindi la qualità di *suus*, nè essi nipoti hanno potuto ereditare il padre loro essendo emancipato, e, quello ch'è più, ancora vivente.

Giustiniano non innovò nulla, e non fece che ammettere la successione *in stirpes* nello stesso modo come era stata ritenuta dall'antico diritto civile, e dalla *bon. possessio* pretoria.

Quando poi si voglia ricercare la ragione giuridica perchè i nipoti tutti, pure succedendo *iure proprio* siano messi nel luogo del loro predefunto genitore e ricevano quella porzione che egli avrebbe ricevuta e non una porzione eguale, non vi ha necessità di ricorrere ad un diritto di rappresentazione, in nessun modo giuridicamente giustificabile. Oggi la comune opinione dei romanisti, non ostante che tale diritto di rappresentazione sia penetrato nelle moderne legislazioni, ammette che i nipoti, figli di figli, o figli di fratelli e sorelle succedono *iure proprio* per diritto di diretta vocazione della legge; ma, per mezzo di una sostituzione legale, vengono messi nello stesso posto del loro predefunto genitore, ricevendo quella stessa parte, che costui avrebbe conseguita, se si fosse trovato in vita; e ciò indipendente se questi nipoti abbiano o no ereditato il padre; indipendentemente se questi sia stato capace, mentre era in vita, di ereditare il padre suo.

Se per diritto di rappresentanza si voglia intendere la sola *successio in stirpes*, la si chiami pure così, sebbene il vocabolo non è proprio, e può generare una quantità di equivoci.

Affatto arbitraria è poi la distinzione del Glück tra nipoti figli di figlio, e nipoti figli di fratello, perchè neppure nella Nov. 118, che pure fu presa a fondamento del così detto diritto di rappresentazione, si trova traccia di tale distinzione (2).

**Gli ordini in ispecie.**

### § 17. — *1° Ordine* - Discendenti.

70. Successione di discendenti in generale; ripartizione dell'eredità tra essi. — 71. Concorrenza degli ascendenti; quando per il semplice usufrutto e quando anche per la proprietà.

**70.** Nel primo grado succedono ad entrambi i genitori i discendenti di qualunque sesso e di qualunque grado, senza distinzione se siano ancora sotto la patria potestà, o fossero emancipati oppure dati in adozione. Il figlio o discendente è capace a succedere anche quando all'epoca della morte fosse stato semplicemente concepito.

*Nov. 118*, cap. 1 - Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae et gradus, sive ex masculorum genere sive ex foeminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis præponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praecipimus, quorum sub potestate fuit, qui defunctus est; in illis videlicet rebus, quae secundum alias nostras leges patribus non acquiruntur.

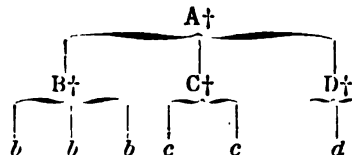
I nipoti, figli dei figli, vengono chiamati quando è mancata la persona intermedia tra essi e il defunto; quindi il nipote, quando manca il figlio, il pronipote, quando mancano il figlio ed il nipote, e così via. Tali nipoti concorrono con i figli del defunto ancora viventi; però sono collocati nel luogo del predefunto genitore: ossia la divisione per essi è per stirpi, ricevendo quella stessa porzione che avrebbe ricevuto il padre loro se fosse stato in vita.

*Nov. 118*, cap. 1 - ..... Sic tamen, ut, si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios et filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.

Il grado non viene in considerazione in quest'ordine. In un caso concreto, supponendo che uno muoia lasciando un figlio, un nipote figlio di un premorto figlio, ed un pronipote essendo premorti al defunto il figlio ed il nipote, tutti e tre sono chiamati egualmente alla successione intestata, sebbene vi siano tre gradi diversi, il 1° rappresentato dal figlio, il 2° dal nipote, ed il 3° dal pronipote.

*Nov. 118, eod.* - In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus; sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi, sive feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis, sive sub potestate sint constituti.

In caso esistessero discendenti da più matrimoni, succedono al defunto genitore quelli procreati tanto nel primo che nel secondo matrimonio. Quindi due fratelli consanguinei ereditano egualmente il genitore comune defunto, come due fratelli e sorelle uterine ereditano egualmente la madre comune. I figli del coniuge procreati in altro matrimonio non hanno alcun diritto alla successione del padrigno o della madrigna.

In generale, i discendenti di primo grado succedono *per capita;* cioè si fanno tante porzioni quanti sono i concorrenti. Quando insieme con i figli succedono molti nipoti, la successione è per i figli in *capita*, per i nipoti *in stirpes*. Se succedono infine tutti nipoti di egual grado, nascenti da famiglie diverse, per esempio:

(1) Vedi anche Gai, *Inst.*, III, 8.

(2) Vedi Vangerow, op. cit., § 415, nota 2. Tewes, *System des Erbr.*, § 13, etc.

*A* muore lasciando sei nipoti di tre figli premorti, tre discendenti da una stirpe, due dall'altro figlio, ed uno dall'ultimo figlio. Una opinione vuole che tutti succedano *in capita* (1).

**71.** Qualche volta insieme ai discendenti concorre qualche altra persona, per es. l'ascendente, e ciò qualche volta per il semplice usufrutto, qualche volta per la proprietà, ed infine concorre sia che l'usufrutto esistesse prima dell'apertura della successione, sia che venga acquistato nell'atto della successione medesima.

*1*) L'ascendente del defunto, che aveva durante la vita del figlio l'usufrutto sul suo peculio avventizio regolare, concorre con i figli del defunto allo scopo di conservare lo stesso usufrutto che aveva su quel peculio mentre era in vita il figliuolo (2).

*2*) Se il figlio morto della cui eredità si tratta fosse stato emancipato, il padre in concorrenza coi figli mantiene l'usufrutto sulla metà del peculio avventizio, acquistato già come premio dell'emancipazione.

*3*) Il marito superstite concorre insieme coi figli alla eredità della moglie defunta nella proporzione determinata da una costituzione di Teodosio e Valentiniano.

L. 3, C. *de bonis mat.* (6, 60) - Si viva matre emancipati sunt filii et postea decessit mater, quoniam cum commodo destituitur pater, nec retinet usumfructum, viriles ei inter filios sive unus, sive plures sunt, ususfructus tribuimus portiones.

Dunque morendo la madre, lasciando figli già emancipati, non avendo il padre in tal caso diritto all'usufrutto, non convertendosi i beni materni in peculio avventizio ordinario, la legge a lui accorda l'usufrutto di una porzione virile qualunque sia il numero dei figli.

§ 1, *eod.* - Sin vero mulier moriens alios ex filios emancipatos a patre, alios in patria potestate dimiserit, in hoc casu dispari utetur maritus defunctae beneficio; quo casu virisque praescripsimus, id est circa eorum quidem portionem, quos adhuc in sacris retinet usumfructum ex legum auctoritate retinebit, et premium delatae emancipationis, quum volet, accipiet, in eorum vero parte, quos exisse de potestate viva matre constiterit.

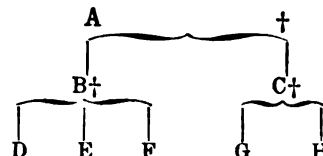
In entrambi questi casi è serbato il diritto dell'usufrutto al padre, perchè i figli ancora sotto la patria potestà, ereditando la madre, ricevono le loro porzioni che si convertono in peculio avventizio regolare, e quindi al padre spetta l'usufrutto per diritto comune, essendovi anche figli emancipati, al padre per beneficio di questa legge spetta l'usufrutto sopra una porzione virile. Lo stesso diritto fu riconosciuto al marito superstite, quando, non essendovi figli superstiti, succedono i nipoti.

§ 2, *eod.* - In nepotibus etiam vel neptibus hoc observandum esse censemus, ut maritus qui uxore mortua, non extantibus filiis, cum solis nepotibus vel neptibus ex hac lege ad emolumentum vocandus est, si unus vel una pluresve nepotes ex filio uno vel pluribus, qui in potestate defecerunt, procreati sunt, hoc iure utatur, quod de filiis constitutum est. Nam licet hoc novum praesens lex constituat in nepotes, non est tamen ab re, ut in hoc casu deteriores esse nepotibus filii non sinantur. Habeat igitur avus veniens cum nepotibus in potestate durantibus usumfructum bonorum omnium, quae ex defunctae aviae successione delata sunt. Quum vero his quoque libertatem emancipatione largitur, similiter, et ab ipsis, sicut de filiis constitutum est, praemium manumissionis accipiat, vel, si ex pluribus alteros manumittit, alteros retinet, ex parte manumissorum legitimum praemium, ex parte vero in potestate manentium retineat usumfructum.

E ciò tanto se si trovano i nipoti figli di un figlio quanto se siano di diverse stirpi, onde la citata costituzione prosegue:

§ 3 - Quod si nepotes sint neptesve aut ex emancipato filio aut ex filia procreati, aut ab ipso avia vivente sacris dimissi, idem avus virilis cum ipsis portionis habeat usumfructum. Si vero ex nepotibus neptibusve tempore quo in aviae successionem vocantur, alii in avi sunt potestate, id est mariti defunctae, alii sui iuris sunt, circa personas quidem eorum, qui in potestate consistunt, et in usufructu consequendo, et in emancipationis praemium conquirendo ratio supradicta servetur; in his vero, qui sui iuris sunt, facultas capiendi ususfructus virilis inter eos portionis habeatur. — § 4 - Eadem autem et de pronipotibus utriusque sexus sancimus, manente definitione, quae de singulis sancita est, si filii sint pariter ac nepotes.

È questione come debba essere computata la porzione virile. Se si tratta di figli essa computazione è facilissima, non così quando si tratta di nipoti.

Supposto che molti nipoti di diverse stirpi succedono all'avo, per esempio:

Morta l'ava, ed essendo superstite il marito, concorrono alla successione di lei cinque nipoti, tre *D E F* figli del figlio *B* premorto, e due *G H* figli del figlio *C* premorto. Questi nipoti sono tutti emancipati o direttamente dall'avo, ovvero dai rispettivi padri loro quando erano in vita. Come si computa in questo caso la porzione virile dell'avo? Gl'interpreti non sono d'accordo.

Il Puchta (3) crede di computarla in modo che all'avo sia assicurata il terzo di tutta la eredità. Ed in effetto essendo due stirpi e quindi due porzioni, la porzione virile sarebbe l'usufrutto sul terzo di tutta la eredità.

Il Vangerow (4) opina che non si deve tener conto delle stirpi e quindi la porzione virile deve stabilirsi su le porzioni di tutti i concorrenti. Quindi nel caso proposto i concorrenti sono cinque, la porzione virile sarebbe un sesto, ond'è che l'usufrutto sopra due once dell'asse ereditario.

Finalmente Schrader (5) e Tewes credono che bisogna computare la porzione virile su ciascuna stirpe separatamente. Così, essendovi come rappresentanti della prima stirpe tre nipoti, la porzione virile su questa stirpe sarà di un quarto, calcolata sull'altra stirpe sarebbe di un terzo, cosicchè l'usufrutto sarebbe in fondo costituito sopra 7|12, sette oncie, di tutto l'asse ereditario dell'ava.

Delle tre opinioni prescegliamo la seconda, la quale meglio corrisponde alla lettera e allo spirito della costituzione innanzi riferita. In effetto nella legge citata si parla di una virile porzione senza tener conto delle stirpi. I due casi che vi siano soli figli della defunta, o che vi siano nipoti di figli della defunta premorti,

(1) Vedi § seguente.

(2) Conf. L. 3, Cod. *de bonis quae lib.* (6, 61).

(3) Puchta, *Pand.*, § 457, nota *c.* Vedi anche Sintenis, *Pract. Civilr.*, III, pag. 354, nota 4.

(4) Vangerow, *Pand.*, II, § 415, nota 2. Baumaister, *Der Anwachsungsrecht unter Miterb.*, Tub. 1829, pag. 66.

(5) Schrader, *Habhand. aus Civilr.*, I, n. 4. Tewes, *System des Erbr.*, § 13. Vedi anc. Rosshirt, *Erbrecht*, pag. 182. Glück, *staterbf.*, pag. 302.

sono presi insieme nella disposizione; se vi sono, dice la costituzione riprodotta, nipoti di uno o più figli, l'ascendente (il marito della defunta) *hoc iure utatur quod de filiis constitutum est.*

## § 18. — 2° *Ordine* - Ascendenti germani e figli.

72. Successione degli ascendenti e figli. — 73. Successione dei fratelli e sorelle germani. — 74. Successione di nipoti; *Quid* se i successori sono nipoti del medesimo grado, succedono essi per *capita* o per *stirpes?* - antica questione; nostra opinione. — 75. Modificazione giustinianea sull'usufrutto del padre sul peculio avventizio del figlio; questione; soluzione della medesima.

**72.** Se mancano i discendenti, oppure essendovi, non ereditano, la delazione dell'eredità è deferita agli ascendenti, ai germani, ed ai figli e figlie di germani.

*Nov. 118*, cap. 2 - Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem, et mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur.

I. *Ascendenti.* Sono chiamati alla eredità tutti gli ascendenti naturali, o il solo adottivo nella *adoptio plena*, perchè l'ascendente adottivo nella *minus plena adoptio*, non essendovi diritto di reciprocità, come è detto innanzi, non è chiamato alla successione intestata dell'addottato.

Egualmente nell'arrogazione dell'impubere il padre arrogatore non eredita l'impubere.

Gli ascendenti tutti succedono con il principio che il più prossimo esclude il più remoto in qualunque linea esso si trovi. Ond'è che la madre esclude non solo l'avo e l'ava materna, ma ancora l'avo e l'ava paterni.

*Nov. 118*, cap. 1 - .....Si autem plurimi ascendentes vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas sive materni, sive paterni sint.

Se vi sono ascendenti del medesimo grado, la divisione della eredità avviene egualmente tra tutti per *capita.* Ma se degli ascendenti di egual grado alcuni appartengono ad una linea ed altri all'altra, la divisione avviene per *lineas.*

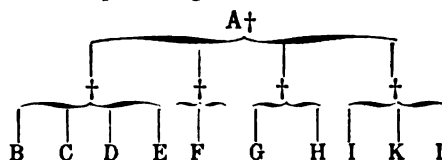
*Nov. 118*, cap. 11 - Si autem eundem habent gradum ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit.

**73.** II. Succedono anche i germani fratelli e sorelle cioè nati dallo stesso padre e dalla stessa madre. La qualità di germano nasce dal matrimonio. Se uno infatti senza il matrimonio avesse procreato con la medesima donna due figli, questi, sebbene in fatto sono nati dal medesimo padre e dalla medesima madre, pure non sono germani, ma uterini, perchè i figli naturali seguendo la madre, e non avendo legittimamente padre, non possono dirsi derivati dallo stesso padre. Solo se questi, sposando la donna, legittima i figli, questi si possono in virtù della legislazione chiamare germani.

I germani succedono per *capita.*

*Nov. 118*, cap. 3 - Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores eodem patre et eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus.

**74.** III. Oltre ai fratelli e sorelle germane sono chiamati anche i figli e le figlie di germani premorti. Se questi ereditano da soli senza il concorso degli ascendenti e dei germani; è celebre la questione già iniziata dai due glossatori Azzone ed Accursio.

Azzone seguito da Rogerio (1) e da altri sosteneva che la successione doveva aver luogo per *capita.* Accursio si pronunziava per la successione per *stirpes.* Supposto adunque il seguente caso:

Vi sono 10 nipoti di quattro fratelli premorti al defunto, *de cuius hereditate agitur*, però quattro sono discendenti di uno, uno solo dall'altro, due del terzo, e tre del quarto. La divisione tra essi avviene per *capita*, secondo opinava Azzone, in guisa che dell'eredità se ne dovrebbero fare dieci porzioni; ovvero si divide in quattro, dandosi una porzione a *B C D E*, una ad *F*, un'altra a *G* ed *H*, e la quarta a *I K L*, come opinava Accursio?

Questa questione ha avuto una diversa soluzione anche nelle leggi e Codici di questi ultimi tempi. La opinione di Azone fu seguita da una legge della Dieta di Spira nel 1529, e dalle LL. CC. napolitane del 1819. Mentre bisogna convenire che la maggioranza degli scrittori e dei Codici moderni hanno seguito la opinione di Accursio.

L'argomento principale per sostenere la divisione in stirpi è lo spirito e le parole della *Nov. 118*, cap. 3, e il concetto che i nipoti devono essere considerati come costituiti per legge ai padri loro.

Questi argomenti non sono stati trovati molto convincenti. Innanzi tutto perchè la *Nov. 118* dà ai figli dei germani quella porzione che avrebbe avuto il predefunto genitore, e perchè la legge suppone i nipoti in concorrenza con gli altri fratelli superstiti.

Si autem defuncto *fratres fuerint et alterius fratris, aut sororis praemortuorum filii*, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre filiis masculis et feminis, et quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esse.

Ed è in questo caso, si dice, che deve ritenersi la sostituzione, perchè senza di essa i nipoti, essendo di grado posteriore ai zii, non potevano ereditare. Ma quando tutti sono di egual grado e sono direttamente chiamati alla eredità non vi ha bisogno di ricorrere a questa legale sostituzione per giustificare il loro diritto successorio.

Il caso proposto certo non è deciso dalla *Nov. 118*, la quale riguarda solo il caso di nipoti in concorrenza coi fratelli del defunto; quindi non si può dire sia stato contemplato dalla novella medesima. Prima della novella i parenti collaterali succedevano sempre per *capita.*

Non uscendo noi nella specie contemplata dalla *Novella 118*, ed avendo ritenuto innanzi che i nipoti succedono *iure proprio*, e non *iure praedefuncti parentis*, parrebbe sia da preferire la opinione sostenuta da Azzone. Però riconosciamo anche noi dopo un migliore esame della questione (2), che nello spirito della cotuzione citata si è voluto considerare sempre la stirpe (3).

(1) *De success. legit.*, cap. 12, § 22.
(2) Nostro sist. del dr. civ. rom., II, 8.
(3) Bachovius ad Trentlerum, II, 26, th. 5. Vinnio, *Selectae quaest., quaest.* 14. Vedi Glück, *Int. Erbf.*, § 173. Rosshirt, op. cit., pag. 362. Vangerow, *Pand.*, II, § 416, nota 2, n. 3. Windscheid, III, § 572, nota 15.

Queste tre qualità di successori concorrono anche insieme alla successione. E di vero possono concorrere gli ascendenti ed i germani. La successione avverrà per *capita*.

Se concorrono coi germani anche i nipoti figli di fratelli premorti, in tal caso la divisione è in parte per *capita* (tra i fratelli e sorelle germane premorte), e in parte è per *stirpes* (tra i nipoti di germani premorti).

Secondo la *Nov. 118*, i nipoti non concorrevano con gli ascendenti; di guisa che, se vi fossero ascendenti, i nipoti venivano esclusi.

*Nov. 118*, cap. 3, in fin. - Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hereditatem vocantur, *nullo modo ad successionem ab intestato* fratris et sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorum pater et mater defuncto iungebatur.

Questa esclusione fu abolita dalla *Nov. 127*, cap. 1.

Hic itaque iuste corrigentes sancimus, ut, si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, et fratres, qui possunt cum parentibus vocari, et alterius fratris praemortui filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur, et premortui fratres filii, ut tantam percipiant portionem, quantam futurus erat eorum parens accipere, si vixisset. Haec vero sancimus de illis fratris filiis, quorum patre ex utroque parente iungebatur defuncto, et absoluto dicimus: ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere iubemus, et quando cum fratribus vocantur aliqui ascendentium ad hereditatem.

Quindi i nipoti concorrono, dopo la disposizione riportata dalla *Nov. 127* con i fratelli e con gli ascendenti del defunto.

*Quid iuris* se vi fossero ascendenti, e soli nipoti di fratelli premorti, possono i nipoti anche in questo caso concorrere con gli ascendenti? Sebbene la *Nov. 127* non contempli questo caso, pure nello spirito della surriportata disposizione bisogna rispondere affermativamente. E di certo se Giustiniano tolse la esclusione dei nipoti, quando esistevano gli ascendenti, nulla fa credere che l'abbia tolta solo nel caso che insieme agli ascendenti concorressero anche i fratelli e sorelle germani.

Quando si aveva una tale concorrenza dei nipoti o con gli ascendenti o coi fratelli del defunto, o con i soli ascendenti egualmente la divisione della eredità avviene per i secondi per *capita* e per i nipoti per *stirpes*.

**75.** E questione sulla modificazione giustinianea relativamente all'usufrutto sul peculio avventizio del figlio di famiglia.

Prima di Giustiniano il diritto di usufrutto del padre in caso di morte del figlio era regolato in questo modo.

Se il figlio di famiglia moriva lasciando la madre ed i germani, questi ereditano il peculio avventizio, il padre di famiglia conserva tutto l'usufrutto (1).

Morendo un figlio emancipato lasciando padre, madre e germani, al padre e alla madre spettava l'usufrutto di due terzi a porzioni eguali, *aequa lance* (2).

Se invece lascia padre e germani, questi succedevano, ed al padre era concesso l'usufrutto su tutta la eredità (3).

Se infine moriva lasciando la madre, il padre ereditava escludendone la madre (4).

Questo diritto fu modificato dalla Nov. 118, quanto che fu dato al padre un eguale diritto a quello dei germani, con la clausola: ***nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem*** (5).

Dunque secondo questa disposizione il padre invece dell'usufrutto riceve, secondo il diritto comune, una parte della successione sulla proprietà.

È riconosciuto che secondo la Novella 118 il padre non acquista un nuovo diritto di usufrutto sulle porzioni dei suoi coeredi esistenti ancora sotto la patria potestà, e questa sarebbe la modificazione apportata dal cap. 2° della novella citata nelle parole surriferite. Però è controverso se il padre *perde* l'usufrutto di già acquistato già vivente il figlio, ossia l'usufrutto che già godeva sul peculio avventizio.

Alcuni interpreti affermano che il padre non perde l'usufrutto, perchè così era prima della Nov. 118 che non avrebbe toccato questo punto. In secondo luogo secondo le regole generali l'usufrutto si estingue con la morte dell'usufruttuario, mentre in questo caso si estinguerebbe con la morte del proprietario (6).

Altri credono che il padre perde l'usufrutto quando concorre coi fratelli del figliuolo defunto, ma lo ritiene sulla porzione devoluta alla madre coerede, poichè ciò è detto espressamente nel SC. Tertulliano (7), e quella disposizione non sarebbe stata abolita dalla Nov. 118 (8).

La maggior parte degli scrittori moderni si pronunzia contro questa dottrina, ed afferma la perdita totale dell'usufrutto sia che il padre lo avesse acquistato già vivente il figlio sul peculio avventizio, sia che concorra coi fratelli ovvero con la sola madre del defunto.

Ed è questa la opinione più ragionevole. In primo luogo per la esplicita disposizione della Nov. 118 nelle parole riportate, disposizione che non può essere fraintesa anche per la interpretazione grammaticale di essa. Oltre a ciò non è punto esatto che l'usufrutto si estingua sempre ed in ogni caso con la morte dell'usufruttuario. L'usufrutto del padre di famiglia sostenuto dalla *patria potestas* cessa col cessare la causa, la patria potestà.

Che questo usufrutto prima della Nov. 118 rimaneva al padre anche dopo morto il figlio, era una singolarità, ed un compenso alla perdita che il padre faceva della successione; ma, avendogli la Nov. 118 concesso il diritto di eredità, e per conseguenza la proprietà di una porzione, cessa il bisogno di quel compenso. Se fosse esatta la opinione che confutiamo, si dovrebbe ritenere l'usufrutto del padre non più su tutto il peculio, ma ridurlo sulle porzioni degli altri coeredi, perchè una porzione il padre l'acquista in proprietà in virtù del comune diritto successorio. Sarebbe stata cotesta una modificazione di cui la Nov. 118 non avrebbe potuto tacere. E ciò tanto più che la Novella stessa nella classe dei discendenti non ha taciuto punto del diritto di usufrutto del padre che viene per ciò in concorrenza coi discendenti.

Si aggiunga a queste ragioni quella apportata dal Vangerow, cioè che la opinione da noi sostenuta trova un argomento in Giuliano (9), dove si è espressamente detto:

..... ut tamen pater usumfructum patris ad filium vel filiam

(1) L. 6, § 1, C. *de bonis quae lib.* (6, 61). Conf. L. 1-5, *eod.*
(2) L. 7, § 1, C. *ad SC. Tertull.* (6, 56).
(3) L. 13, C. *de legit. hered.* (6, 58).
(4) L. 2, C. *ad SC. Tertull.* (6, 56).
(5) Nov. 118, cap. 2.

(6) Wening, Ingenheim, *Lehrb.*, § 434. Thibaut, *Syst.*, § 363 e 608. Seuffert, *Lehrb.*, § 488.
(7) L. 7, § 1, *ad SC. Tertull.*
(8) Vedi Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 569, nota 8.
(9) *Epitome novell.*, const. 394.

pertinentis *nullum habeat*, sed pleno iure apud filium vel filiam maneat (1).

## § 19. — 3° *Ordine* - Fratelli e sorelle unilaterali e loro figli e figlie.

76. Successione dei fratelli e sorelle *ex uno latere*; *Quid* nella divisione dei beni di parte paterna o di parte materna?

**76.** Mancando ascendenti e germani e loro figliuoli, nel terzo ordine succedono i fratelli e sorelle *ex uno latere* consanguinei ed uterini. La divisione della eredità sarà per *capita*, tanto se concorrono soli fratelli e sorelle consanguinee, quanto se insieme concorrono fratelli e sorelle consanguinee con fratelli e sorelle uterine.

Si è qualche volta preteso che in quest'ultimo caso, cioè quando una morente o lascia da una parte fratelli e sorelle consanguinei e dall'altra parte uterini, si deve dividere il patrimonio secondo la origine dei beni, in guisa che i fratelli e sorelle consanguinee succedono nella parte del patrimonio di origine paterno, e gli uterini nella parte di origine materna (2).

Questa opinione non solo offrirebbe innumerevoli difficoltà nella pratica, ma si oppone alla lettera e allo spirito della Nov. 118.

Cap. 3 - His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti unt de functo, *sive per patrem solum, sive per matrem*.

L'argomento in sostegno dell'avversa opinione è che questo fosse lo stato del diritto prima della Nov. 118. Ciò però non è esatto. La L. 13 C. *de legit. heredibus* invocata dai sostenitori dell'avversa opinione non avvalora la loro tesi. In effetto ecco come si esprime quella legge:

..... Quum enim et pater utitur usufructu et votum eius est ad alios filios suas res pervenire, quapropter quum ex lege Anastasiana in alium articulum fratribus prospectum est, nunc a nobis in hac specie plenius eis subvenitur, ut pater habeat usumfructum, fratres autem vel sorores dominium rerum relictarum; exceptis maternis rebus, in quibus *si de eadem matre fratres vel sorores* sint, eos solos vocari oportet, si autem non supersint, tunc ad similitudinem aliarum rerum in totam fraternitatem dominium earum cedere, ut sit apertissimus in omnibus tractatus, et non per differentiam personarum vel rerum vacillare noscatur.

Dall'insieme di questa legge si scorge facilmente che la espressione *fratres et sorores eadem matre* non vuol significare i figliuoli uterini, ma i germani. E ciò tanto più che gli uterini ebbero la successione tra gli agnati due anni dopo (3).

Posto pure che fosse vera quella regola, essa è stata abolita dalla Nov. 118, per la ragione che questa non è da riguardare come una semplice legge di correzione, ma una radicale riforma della successione *ab intestato;* di guisa che le disposizioni del diritto anteriore intanto possono ancora avere il valore di legge, in quanto sono state confermate dalla legge nuova. Nel caso proposto non solo manca una esplicita conferma, ma v'è anche la chiara disposizione secondo le parole del testo innanzi riprodotto, per la quale i consanguinei e gli uterini sono stati con egual diritto chiamati alla successione (4).

## § 20. — 4° *Ordine* - Successione intestata degli altri parenti.

77. Successione degli altri parenti.

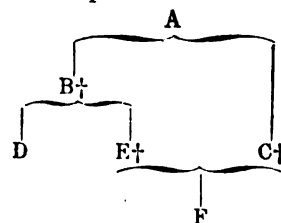
**77.** Quando mancano le persone che abbiano diritto alla successione di una delle tre classi precedenti, ovvero che non ereditano, la eredità è devoluta a tutti gli altri parenti, in guisa che il più prossimo esclude il più remoto. Più parenti in egual grado succedono *per capita*.

## § 21. — *Influenza della doppia parentela nella successione intestata.*

Bibliografia.

Koch, *Grundlinien einer neuen theorie von der Succession mehrfacher, Vewandschaft.*

78. Diversi casi di doppia parentela.

**78.** Qualche volta uno si può trovare rispetto al defunto in un doppio grado di parentela, ed allora, se per una parentela è escluso, potrà pretendere la eredità per l'altro grado di parentela.

Dato che dei due figli di *B*, *E* si sia congiunto in matrimonio con la sorella del padre e sia nato un figlio *F*, questi starà in doppia parentela con *B;* dal lato di padre, è il nipote dipendente di *B*, dal lato di madre è nipote collaterale perchè figlio della sorella germana. E quindi supposto che *B* sia il defunto, *D* suo figlio e *F* nipote, sono chiamati al'a eredità nel primo ordine in qualità di discendenti, uno come figlio, l'altro come figlio di *E* premorto al testatore. Entrambi ripudiano la eredità. Ma trovandosi lo stesso *F* nipote collaterale, perchè figlio di una sorella germana del testatore, egli è chiamato in secondo ordine insieme con l'avo *A*.

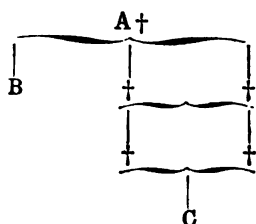
Per la doppia parentela si può ottenere una doppia porzione, specialmente quando la ripartizione della eredità succede per stirpi e per linea.

Se due cugini si congiungono in matrimonio e procreano un figlio, questi sarà con l'avo in una doppia parentela.

(1) Vedi anche i Bisantini in Heimbach, *Incertis fragm. ad Nov. Inst.*, I, pag. 266; *fragm.* VII. Athanasius, *De Novell. Inst.* (Heimbach, pag. 104). Basilii, *Prochiron*, tit. 30, cap. 6, (Edit. Zachariae, pag. 158). Schol, *Basil.*, lib. 45, tit. 3. Fabrot, IX, pag. 103, sch. 6 (edizione Heimbach, III, pag. 524, sch. 5). Sulla questione vedi Glück, *Intest. Erbf.*, § 127. Rosshirt, *Erbrecht*, pag. 339. Löhr, *Arch. f. civ. Praxis*, X, pag. 165. Marezoll, *Zeitschr. f. Civilr. und Process.*, VIII, pag. 206. Sintenis, *Pract. Civilr.*, III, pag. 157, nota 43. Thibaut (il quale nella ed. ottava ha ritrattata la sua antica opinione), § 861. Vangerow, *Pand.*, § 516, nota 3. Zimmer, *Rechtsgesch.*, I, § 190. Puchta, § 436. Tewes, op. cit., § 15, pag. 102, ss.

(2) Di questa opinione erano gli antichi interpreti. Vedi Glossa in Aut. itaque L. 11, C. *commun. de succ.* (6, 58), verb. *utroque parente:* « In bonis autem quaesitis a patre praeferuntur consanguinei tantum, in quaesitis a matre praeferuntur uterini ». Vedi anche tra gli antichi: Donello, *Comm.*, IX, cap. 4, § 8. Cuiacio, *Recit. solemn. in tit. Cod. de legit hered.* (6, 59). Tra i moderni: Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 455 e gli autori citati in Glück, op. cit., pag. 712, n. 63.

(3) L. 15, § 2, *de legit. hered.* (6, 58).

(4) Fulgosio in Auth. *Itaque C. com. de succ.* Facchineo, *Controv.*, VI, 9. Gotofredo in L. 13, C. *de legit. hered.* Vinnio, *Quaest. sel.*, qu. 31. Arndts, *Pand.*, III, § 479, nota 4. Vangerow, § 417, nota. Tewes, loc. cit.

In questo esempio c'è il rappresentante di due linee paterna e materna, *C* pronipote del defunto *A* lo è doppiamente, tanto da parte di padre che da parte di madre, ed è il legale sostituito del padre e della madre entrambi nipoti del defunto *A*. Se adunque egli concorre insieme con *B* figlio del *decuius* la successione è per *stirpes*. Egli rappresenta due stirpi e quindi gli toccano due terzi della eredità, mentre a *B* ne tocca una sola terza parte.

In generale tutte le volte che si trova una doppia parentela, questa può come nella classe dei discendenti, e come in quella degli ascendenti o dei collaterali portar ad una doppia rappresentanza e quindi ad una doppia porzione ereditaria (1).

### § 22. — *Della successio ordinum et graduum.*

BIBLIOGRAFIA.

Baumeister, *Des Anwachsungsrecht unter Mitterben nach Röm. Recht.*, Tüb. 1830, pag. 36-56. — Meyer, *Der Anwachsungsrecht*, pag. 224. — Glück, *Intestat Erbfolge*, § 150-152. — Mühlenbruch *in Glück, Pand.*, XLIII, pag. 270. — Franke, *Baiträge*, n. 8. — Rosshirt, *Erbrecht*, pag. 409. — Thibaut, *Syst.*, VIII, pag. 408. — Vangerow, *Pand.*, II, § 420. — Vering, *Erbr.*, pag. 665. — I. Merkel, *Die Lehre des successio graduum unter Intestaterben*, Tübingen 1876. — Windscheid, *Pand.*, III, § 573. — Fitting, *Archiv. f. civ. Praxis*, LVII, pag. 160. — Kohler, *eod.*, LIX, pag. 87. — Leonhard, *Versug einer Entscheidung der Streitfrage, über der Vorzug der* successio graduum *von dem Accrescensrecht nach röm. Recht*, Halle 1874. — Tewes, *Syst. des Erbr.*, § 19, ss.

79. Significato della *successio ordinum et graduum*. — 80. Controversia, se la *successio graduum* abbia luogo in tutti i quattro ordini della successione giustinianea; risposta affermativa; precedenti storici della questione; confutazione della dottrina opposta. — 81. Se la *successio graduum* ha luogo quando tutti dello stesso grado mancano dopo la *delatio*, ovvero anche quando manca uno od alcuni di essi? In tal caso ha luogo la *successio graduum*, o il diritto di accrescimento? opinione comune; opinione che preferisce la *successio* all'accrescimento; opinione mediana; si dimostra più fondata la opinione comune.

**79.** Gli ordini della successione intestata stanno in tale relazione tra loro, che i parenti dell'ordine posteriore sono esclusi, quando esistono e succedono parenti appartenenti al primo. Quando è certo che i chiamati del primo ordine non vi sono o non succedono, la *delatio hereditatis* è deferita all'ordine posteriore.

Una tale successione è detta *successio ordinum.*

In uno stesso ordine può avere luogo un'altra successione, la *successio graduum*, ed avviene quando un parente di grado più prossimo è preferito ad un altro dello stesso ordine ma di grado più remoto, di guisa che la delegazione non è deferita a quest'ultimo se non quando manca il primo.

Nella prima di queste successioni la delegazione della eredità va da ordine ad ordine, nella seconda da grado a grado.

Tanto l'una quanto l'altra successione hanno luogo nella eredità *ab intestato* dopo, come prima della Novella 118. Si ha la *successio ordinum* per tutti i quattro ordini, nè su ciò può esservi dubbio alcuno. Si ha la *successio graduum* manifestamente nel secondo e nel quarto ordine per gli ascendenti e per tutti gli altri parenti, e meno manifestamente nel primo per i discendenti esclusi dalla successione, quando tra il discendente ed il defunto, che si eredita, vi sia una persona intermedia; così il nipote è escluso dal padre nella successione dell'avo. Si ha pure la medesima successione nel terzo ordine, perchè il nipote figlio di fratello o sorella consanguineo ed uterino è escluso dal padre nella successione dello zio.

**80.** È questo però un punto controverso. Si questiona in primo luogo:

1° Se la *successio graduum* ha luogo in tutti i quattro ordini della successione giustinianea.

2° Se, mancando uno dei diversi chiamati, ha luogo una *successio graduum* o il diritto di accrescimento.

Quanto alla prima questione, non v'ha dubbio per il secondo e per il quarto ordine, perchè nel secondo gli ascendenti e nel quarto tutti gli altri parenti sono chiamati in guisa che il più prossimo esclude il più remoto.

La questione si dibatte per il primo ordine, per il secondo relativamente ai nipoti figli di fratelli, germani, e per il terzo anche relativamente ai nepoti figli di fratelli o sorelle unilaterali.

La comune opinione si è dichiarata, come ci siamo dichiarati noi stessi al principio del presente paragrafo, per la *successio graduum* in tutti i quattro ordini della successione giustinianea. E di vero la esclusione di una tale successione, oltrechè porta a gravi inconvenienti, non corrisponde affatto allo spirito che informa la legislazione giustinianea, specialmente nell'ultima sua fase per la Nov. 118.

La mancanza della successione *graduum*, o, se più piace, della delazione successiva, la troviamo fondamentalmente stabilita nella successione legittima antica delle Leggi delle XII tavole. Il domma era formulato con queste parole: *In legitimis hereditatibus successio non est.* Lasciando da parte il primo ordine dei *sui*, in cui non era possibile applicare il domma suenunciato, nel secondo ordine dei legittimi, quando la delazione era stata deferita al *proximus agnatus*, e questi moriva prima di accettare la eredità, ovvero la ripudiava, la delegazione non passava al grado più remoto, ma all'ordine seguente, alla *gens*. In tal caso adunque si aveva una *successio ordinum*, e non una *successio graduum.*

Vedemmo in altro luogo (§ 10) come ed in qual misura la *successio graduum* fosse introdotta dal diritto pretorio e da Giustiniano. Il certo è che, se per gli ordini *unde cognati* o, da Giustiniano, in quello *unde legitimi* fu derogato al principio in *legitimis successionibus successio non est*, non è a dire lo stesso della prima classe *unde liberi*, dove non si trova altro che la clausole *de coniungendis cum emancipatis liberis*, che non ha nulla che fare con la *successio graduum.*

Pure non ammettendo che per diritto antico pretorio non vi fosse *successio graduum*, non si può dubitare che questa successione fosse stata introdotta dallo stesso diritto pretorio nella *bonorum possessio unde cognati* e nella successione degli agnati da Giustiniano. Ed anche

(1) Vedi Tewes, op. cit., § 17.

si potesse ritenere che Giustiniano non abbia introdotta la *successio graduum* nella classe degli agnati nella *bonorum possessio unde legitimi*, ciò non avvantaggia quella opinione che combattiamo. Imperocchè, se domandiamo a noi medesimi a quale tipo si sia ispirato Giustiniano nella sua radicale riforma della successione intestata, la risposta non può essere dubbia, cioè che la successione pretoria dei cognati dovette servire di modello. Esclusa completamente la base dell'agnazione, e fatta servire la parentela naturale come fondamento della successione intestata, non si trova che la *bonorum possessio unde cognati* come precedente storico conforme ai principii del nuovo sistema successorio della *Nov. 118.*

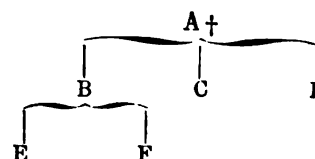
Non è esatto affermare che la prima classe dei successibili della Novella citata, i discendenti, sia modellata sulla *bon. poss. unde liberi*. Come si è detto più innanzi (§ 10), questo primo ordine di successione pretoria ha apparentemente e di fatto per elemento fondamentale la *cognatio*, ma in diritto è posata anch'essa sulla base dell'*agnatio*, una volta che l'emancipato in tanto è chiamato alla successione del padre in quanto lo si finge *suus*. Quindi non può essere un argomento per la contraria opinione, non esservi nell'antico diritto riconosciuta la *successio ordinum* nella *bon. poss. unde liberi*. Se dovesse valere questo argomento, la mancanza della *successio ordinum* si avvererebbe solo nella classe dei discendenti per i nipoti figli di figli, e non per i nipoti collaterali figli di fratelli germani od uterini, il diritto dei quali alla successione degli zii aveva il suo fondamento nella *bon. poss. unde cognati*, in cui la massima della successione agnatizia in *legitimis hereditatibus successio non est* non aveva luogo. Essa avrebbe dovuto essere introdotta da Giustiniano con la *Nov. 118*, il che senza dubbio alcuno non è avvenuto.

È vero che nella *Nov. 118* non v'è il minimo accenno alla *successio graduum*, ma da ciò non si può argomentare che non vi sia nello spirito stesso dell'ultima riforma. Giustiniano ha avuto in mente nel rapporto dei successibili col testatore il primo delato, nè si può supporre che, per una successione a base della cognazione naturale, il legislatore avesse in mente un principio riconosciuto nel diritto antico solo per la successione agnatizia.

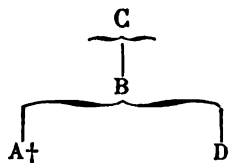
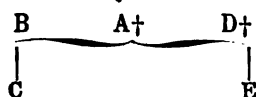
La *Nov. 118* chiama tutti i cognati alla successione del defunto secondo la linea della parentela, discendenti, ascendenti e collaterali. Nulla di più naturale che egli abbia inteso, nel chiamare tutti i discendenti nel primo ordine, che la delazione passa agli ascendenti e collaterali solo quando non vi fossero più discendenti. Ora, escludendo la *successio graduum*, si avvererebbe l'inconveniente che alcuni discendenti sarebbero esclusi dalla successione dei loro avi dall'ascendente e dai collaterali. Supposto il caso che muoia un Tizio lasciando figlio, nipote, padre e fratelli germani, la delazione è devoluta al figlio, il quale esclude il nipote ed il padre, se questo figlio non succede o per morte o per astensione, secondo la dottrina che combattiamo, essendovi la *successio ordinum* e non la *successio graduum*, la *delatio* non si rinnova per il nipote, invece passa al secondo ordine, di guisa che il nipote figlio del figlio resta escluso, ed invece vengono chiamati il padre ed i fratelli germani. Supposto ancora che uno di questi ultimi sia premorto al testatore, insieme ai due primi sarà chiamato il nipote figlio del fratello premorto, mentre il nipote discendente verrebbe escluso. Parimente, supposto il caso che il defunto lasci un fratello germano e figli di lui, la *delatio* è deferita al fratello, ma dato che egli non accetti la eredità o muoia prima dell'acquisto, la *delatio* non si rinnoverebbe per i figli di lui, ossia nipoti del testatore, ma sarebbe deferita all'ordine seguente, e quindi verranno esclusi dai fratelli consanguinei od uterini. Ora tutto ciò è impossibile risulti dalla *Nov. 118*, piuttosto da essa si rileva il contrario, una volta che i figli ed i nipoti sono stati chiamati nella loro qualità di discendenti. *Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cuiuslibet naturae et gradus... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur.* Ora se chiunque abbia la qualità di discendente di qualunque qualità e grado debbe essere preposto a tutti gli ascendenti e collaterali, ciò non può avverarsi che ammettendo la *successio graduum.*

Nè vale molto l'argomento escogitato dal Puchta (1), che è il sostenitore della contraria opinione, cioè che i nipoti tanto discendenti che collaterali sono chiamati non per il loro grado, ma solo per diritto di rappresentazione. Ma ciò è contraddetto dalle parole surriferite dal cap. 1 della *Nov. 118.* Secondo questa dottrina si dovrebbe ammettere che i nipoti tanto discendenti che collaterali per le loro qualità siano assolutamente esclusi dalla successione dei loro avi e dei loro zii.

Il così detto diritto di rappresentazione suppone il caso che la persona intermedia tra il nipote ed il defunto sia a questi premorto, mentre la *successio graduum* si ha quando tale persona intermedia è superstite al defunto, a lui è stata delata la eredità, ma per una causa qualunque non l'acquista. Ora in quest'ultimo caso perchè i discendenti, secondo il pensiero di Giustiniano, siano preferiti a tutti gli ascendenti e collaterali, non giova il diritto di rappresentazione, ma v'ha bisogno necessariamente della *successio graduum* (2).

**81.** Molto più controversa è la seconda questione, cioè, supposto che dei diversi chiamati manchi qualcuno, ha luogo per tale mancanza la *successio graduum*, rinnovando la delazione per il grado più remoto, o la porzione del mancante si accresce agli altri che abbiano accettato la eredità ? Per es.

Supposto il caso che *A* muoia lasciando tre figli e due nipoti del figlio *B*. La eredità di *A* è deferita ai tre figli *B, C, D;* se *B* non acquista la sua porzione ereditaria, perchè ripudia la eredità, la sua porzione è deferita ai figli *E* ed *F* per *successio graduum*, ovvero i nipoti sono esclusi e la porzione di *B* si accresce ai due coeredi *C* e *D?*

(1) Puchta, *Pand.*, § 458, nota *e*.

(2) Vedi anche Sintenis, *Pract. Civilr.*, § 1, III, 63, nota 15. Helmolt, *Accrescensrecht und die succ. grad. der Nov. 118.* Giessen 1855, pag. 16. Keller, *Pand.*, § 471. Vangerow, *Pand.*, 20, a. Windscheid, *Pa* . § 573, nota 1-4. Arndts, *Civil. Schriften*, II, pag. 58. Tewes, op. cit., § 19. Merkel, loc. cit., pag. 113.

Supposto che *A* muoia, lasciando un fratello, il padre e l'avo, se il padre *B* non acquista la eredità delata a lui ed al fratello del defunto, la porzione di lui è devoluta all'avo per virtù di una nuova delazione per la *successio graduum*, o per diritto di accrescimento è devoluta al fratello del defunto?

Se qualcuno muore e la sua eredità è deferita al fratello *B* ed al nipote *E*, e dopo la delazione manca *B*, la porzione di costui è deferita a *C*, suo figlio, o per diritto di accrescimento è attribuita all'altro nipote *E?*

La opinione prevalente è che in questi casi ha luogo il diritto di accrescimento, e non è il caso della *successio graduum* (1).

Altri credono che sia da preferirsi la *successio graduum* al diritto di accrescimento, e questa seconda opinione è stata accentuata maggiormente negli ultimi tempi (2).

Infine si è fatta anche strada una opinione intermedia ed è che, se uno dei delati manca per morte, ha luogo la successione per gradi e quindi la porzione del mancante, in seguito ad una nuova delazione, è trasmessa all'altro di grado più remoto; se poi manca per avere il delato ripudiato la eredità, allora ha luogo il diritto di accrescimento tra gli altri coeredi (3).

Delle tre opinioni quella che ci sembra più rispondente ai principii informatori dell'istituto successorio romano è la prima, cioè il diritto di accrescimento deve avere la preferenza sulla *successio graduum*.

La principale ragione, contro la quale ci pare non si sia apportato argomenti solidi per ribatterla, è la natura giuridica della *delatio hereditatis*, la quale non soffre una parziale cessazione in guisa che una parte di essa possa essere rinnovata per dar luogo ad una *successio graduum*. Per quanto si faccia o si dica, non si può evitare questo: che la delazione avvenuta per più successibili, si deve rinnovare in parte, perchè abbia luogo la *successio graduum*. Infatti gli altri delati rimangono eredi in virtù della prima delazione, ed il grado più remoto entra in forza di una nuova e parziale delazione. Ora questo non è per nulla conforme al sistema delle successioni romane.

Il concetto che ogni erede, a cui è stata deferita la eredità, è in sostanza erede di una quota determinata, è completamente estraneo al diritto romano. Se di quattro eredi ai quali è stata delata la eredità ciascuno ha il diritto di succedere nella quarta parte dell'asse ereditario, ciò non significa che vi sono quattro delazioni delle quali qualcuna possa rinnovarsi per il grado più remoto in caso che il delato venga a mancare prima dell'adizione. Invece la *delatio* è una sola, e, se ognuno dei quattro ha diritto ad acquistare il quarto, è una mera accidentalità, perchè se dei quattro, mancandone tre prima dell'adizione, resta un solo rappresentante di una sola ed unica *delatio*, donde la massima: *partes solo concursu fiunt*. Ora chiunque al tempo della delazione non ha nessun diritto, non ne può acquistare mentre dura ancora la delazione medesima; bisogna che questa sia consumata, perchè possa la eredità essere deferita ad altri. Ed essa non si può considerare esaurita prima che non manchi innanzi all'accettazione l'ultimo delato.

Questo principio così fondamentale non poteva essere così facilmente sconosciuto, e quindi si sono prese delle vie oblique per giungere ad un risultato diverso.

Negli ultimi tempi il Windscheid (4), tuttochè renda omaggio al principio fondamentale testè accennato, pure afferma, che si ha torto di credere alla guida di esso risoluta la questione; perchè alla stessa guisa che il diritto chiama un coerede nel luogo di un altro coerede, perchè non potrà chiamare una nuova persona in luogo del già vocato? Ciò avviene nella sostituzione. La risposta a questa prima obiezione è facile, quando si considera che il sostituito è nel medesimo tempo istituito, e la eredità, sebbene sotto condizione, è deferita anche al sostituito; quindi è che il sostituito viene ad entrare nella eredità in forza della medesima delazione.

Ciò può avvenire quando il successibile manca prima del defunto, perchè allora la delazione va ai figli e nel medesimo tempo al nipote del padre premorto, questi si mette in luogo del padre in virtù della medesima delazione; mentre se manca dopo, non facendo parte della medesima delazione, bisogna che questa si scinda, perchè sia rinnovata in parte per il nipote. Ciò che non è possibile per lo stesso Windscheid. È vero che l'illustre scrittore vuol far valere la sua dottrina credendo che, secondo lo spirito della *Nov. 118*, Giustiniano chiama i più remoti discendenti e nella seconda e terza classe i nipoti collaterali anche per il caso quando il vocato sia mancato anche dopo la morte del defunto che si eredita. Ma egli stesso non mi pare sia molto sicuro, riconoscendo che questo punto forma l'oggetto di una più o meno larga interpretazione. Egli crede che ciò sia nello spirito della *Nov. 118*, ma senza portare validi argomenti. Però quando si consideri che ammettendo una simile interpretazione contro il disposto chiarissimo della *Nov. 118*, si riesce poi a portare una flagrante violazione al principio fondamentale della inscindibilità della delazione della eredità, bisogna conchiudere che Giustiniano non doveva pensare ad introdurre tacitamente un risultato tanto in opposizione ad un principio cardinale delle successioni.

I sostenitori dell'avversa opinione hanno tentato di

(1) Balduini, Comm. al § 5, *Inst. de bon. poss.*, pag. 450. Voet, *ad Pand.*, *h. t.* Mühlenbruch *in Glück*, *Pand.* Rosshirt, op. cit., pag. 409. Baumeister, op. cit., pag. 26. Glück, *Intestaterbf.*, § 150. Helmolt, op. cit., pag. 33. Schirmer, I, pag. 264. Thibaut, *Syst.*, § 873 (IX edizione). Mackeldey, § 619. Schweppe, *Lehrb.*, § 880. Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* § 632. Puchta, *Pand.*, § 458. Arndts, *Civil. Schrift.*, II, pag. 59. Lo stesso in *Weiske Rechtslexicon*, V, pag. 695. Savigny, *Syst.*, VIII, pag. 488. Keller, *Pand.*, § 471. Deworzak, *Beiträge zur Lehr vom ius accrescendi*, pag. 12.

(2) Franke, *Beiträge*, pag. 177. Mayer, *Anwachsungsrecht*, pag. 284. Lo stesso, *Erbrecht*, I, § 65, nota 4. Witte in Weisk., *Rechtslexicon*, I, pag. 279. Wening, *Pand.*, § 439. Sintenis, *Pract. Civilr.*, III, § 163, nota 16. Windscheid, § 573, nota 5. Fitting, *Arch. f. Civ. Praxis*, LVII, pag. 160. Kohler, *eod.*, LIX, pag. 7. Leonhard, op. cit.

(3) Koch, *Succ. ab intest.*, § 102. Tewes, op. cit., § 19, p. 124.

(4) *Pand.*, § 273, nota 5.

togliere al diritto di accrescimento la importanza assoluta, affermando che esso è un diritto semplicemente sussidiario (1). Il principio della indivisibilità della delazione ed il relativo diritto di accrescimento è un provvedimento per mantenere la massima che uno non può essere ereditato parte testato e parte intestato. Nell'antico diritto si sarebbe tenuto fermo al principio della indivisibilità della delazione, perchè nella successione non v'era la *successio graduum*, essendo stata introdotta dal pretore solo nella terza classe della *bon. poss. unde cognati;* quindi in qualche tempo non si poteva far parola di una *successio graduum*, epperciò per la parziale mancanza di uno dei coeredi aveva sempre luogo il diritto di accrescimento. Tutto ciò sarebbe stato cambiato dalla *Nov. 118*, ma essendo stata introdotta per tutta la serie dei successibili in qualunque classe la *successio graduum*, il diritto di accrescimento non ha più ragione di essere nel caso di cui si disputa.

Il diritto di accrescimento invece non è un civile provvedimento, specie di mezzo termine per tenere inalterata la massima *nemo pro parte testatus parte intestatus decedere potest*, ma è tanto assoluto, per quanto lo è il carattere universale dell'erede. Ogni erede, a causa della sua qualità giuridica, ha diritto alla universalità del patrimonio. La parte è accidentale, ciò che è essenziale è il diritto alla universalità dei beni del defunto, epperciò, mancando prima dell'acquisto uno dei coeredi, l'accidentalità sparisce ed il diritto degli altri delati si estende necessariamente per mezzo del diritto di accrescimento.

La *successio graduum* è capo di una nuova delazione, la quale da principio non era neppure eventuale. Devesi perciò conchiudere che la mancanza di uno dei coeredi, prima dell'adizione della eredità, non mena alla *successio graduum*, salvo ben inteso il caso di trasmissione.

L'argomentazione degli avversari è tratta dalla L. 2, § 18, *ad SC. Trebellianum* (38, 17), in cui secondo l'antico diritto civile, vi è un caso di *successio graduum* e che secondo gli avversari prova molto contro il diritto di accrescimento, non persuade.

Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus, vel emancipatus, si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex Senatoconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet, si consanguinea repudiet matrem ex Senatoconsulto propter patrem non venire, et quamvis alias non solent mater expectare consanguineam, velit, necne adire hereditatem, nunc tamen expectaturam; consanguinea enim est, quae patrem excludit. Repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre, quasi cognato, sed et in hac novam patietur, nec ante accipiat bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo, potest ex Senatoconsulto succedere.

Secondo questo testo la madre, concorrendo insieme con la figlia secondo le regole del SC. Tertulliano, il diritto di lei alla eredità del figlio dipende dall'accettazione della sorella; se questa ripudia, si dice, secondo la opinione che sosteniamo, si sarebbe dato luogo al diritto di accrescimento, in favore della madre, mentre invece, secondo questo testo, la madre è esclusa, ed è ammessa insieme col padre nella classe *unde cognati*. Evidentemente su questo caso non si è considerato che la *hereditas* non è delata alla madre ed alla sorella consanguinea, ma la parola *expectaturam* indica abbastanza chiaramente, che la *delatio hereditatis ex Senatoconsulto* va alla madre, dopo che dichiara la sorella di volere accettare la eredità del fratello. Quindi non è il caso che si scinde la *delatio*. D'altronde ciò avverrebbe, se la madre rimanesse nella medesima delazione per una parte, e poi si fosse rinnovata la delazione per il padre (ed anche in questo caso vi sarebbe una strana *successio graduum*); invece è tutta la *delatio* annullata, e la madre entra nella *bonorum possessio* insieme al padre in virtù di una nuova delazione di un ordine diverso, cioè *ex edicto unde cognati*, non *ex Senatoconsulto*. Ond'è, che se vi ha in questo caso una *successio*, essa è la *successio ordinum* e non la *successio graduum* (2).

La opinione mediana che distingue se il coerede, che non eredita, manchi per ripudio o per morte, e stabilisce che nel primo caso abbia luogo il diritto di accrescimento, nel secondo la *successio graduum*, si fonda principalmente sul diritto di rappresentazione. Imperocchè nel caso che muoia un figlio od un fratello lasciante figli, questi per diritto di rappresentazione dovrebbe sempre avere la porzione del loro predefunto genitore. Così pure quando manca il più prossimo ascendente, la porzione di lui cade agli ascendenti di grado più remoto, sebbene vi siano altri fratelli del defunto che vi rimangono in virtù della prima delazione.

Questa opinione nasce da un esagerato e falso concetto del diritto di rappresentazione, che si è voluto estendere anche nel caso degli ascendenti.

In conclusione accettiamo la opinione finora sostenuta dalla generalità degli scrittori, cioè che in tutti gli ordini della successione Giustinianea ha luogo la *successio graduum*, e che questa si ammette solo quando tutte le persone dello stesso grado siano mancate prima dell'accettazione della eredità. Mentre, quando uno od alcuni mancano, a causa della indivisibilità della delazione, ha luogo per i rimasti nella primitiva delazione il diritto di accrescimento.

**Successione intestata straordinaria.**

§ 23. — *Successione della vedova.*

82. Diritto ereditario del coniuge superstite; nuovo diritto introdotto da Giustiniano. — 83. Della *quarta uxoria* di Giustiniano; quando è in proprietà e quando in usufrutto; imputazione in caso degli altri acquisti *causa mortis*.

**82.** Il diritto di successione del coniuge superstite fu riconosciuto dal diritto pretorio nell'ultima classe della *bon. poss. ex edicto unde vir et uxor*.

Nella legislazione giustinianea fu concesso anche un diritto di successione alla moglie superstite, in queste condizioni, che ella fosse povera, ciò che si presumeva quando per lei non fosse stata costituita dote, e che il marito fosse morto in uno stato più o meno agiato, *mulier inops, et vir locuples* (3).

**83.** In prima Giustiniano avea mantenuto fino ad un certo punto un diritto reciproco alla successione del coniuge superstite, stabilendo che nel caso di matrimonio, celebrato senza costituzione di dote, e senza

(1) F , loc. cit.
(2) Mühlenbruch *in Glück, Pand.*, XLIII, pag. 285. Wangerow, II, § 420, nota 2.
(3) *Nov. 53*, cap. 6, § 2.

*donatio propter nutias*, vi fosse un mutuo diritto di successione al quinto. Però con la Nov. 117 abolì tale diritto di succedere reciprocamente, lasciandolo solo alla moglie superstite.

Il diritto della donna povera si limita ad un quarto, quando ella concorre con non più di tre eredi del marito defunto; invece concorre per una porzione virile quando i concorrenti sorpassano il detto numero. In ogni caso questa quota non poteva sorpassare l'ammontare di cento libre d'oro: *ita tamen, si non trascendunt hoc centum librorum auri* (1).

La vedova deve sempre imputare nella sua porzione quello che dello stesso marito acquista per legato (2).

Se la vedova concorre con figli propri riceverà l'usufrutto sulla quotità fissata, rimanendo tutta la proprietà ai figli (3).

È indispensabile all'esercizio di questo diritto che la vedova sia vissuta in matrimonio col marito fino all'epoca della morte di lui.

§ 24. — *Altri casi di successione straordinaria.*

84. Successione straordinaria del curatore del demente. — 85. Successione delle curie ed altre corporazioni. — 86. Successione per le liberalità del principe; carattere speciale di questa successione straordinaria. — 87. Successione del fisco.

**84.** I. Se un demente fu trascurato dai propri parenti legittimi, non ostante l'avviso loro dato, chi ne prese cura e lo sostentò a proprie spese fino alla morte, succederà a lui. Egli esclude tutti gli eredi legittimi ed anche testamentari, ai quali subentra con gli obblighi di soddisfare i legati e gli altri pesi ereditari. Ciò naturalmente se il testamento fosse stato fatto al tempo in cui aveva la capacità di testare (4).

**85.** II. Quando mancano tutti gli eredi, o nessuno vuole accettare la eredità, ed il defunto faceva parte di una corporazione o ente morale, questa nella eredità del defunto è preferita al fisco. Così:

1) Le chiese ed i conventi ereditano dai loro chierici e dai loro monaci (5);

2) la legione dei soldati (6);

3) la comunità dei decurioni, coortali, naviculari, armaiuoli dai loro soci (7).

**86.** III. Quando il Principe ha donato cose a più persone, se una di esse muore senza eredi, le altre ereditano il resto delle cose donate. Questa successione straordinaria, basandosi su cose singole, è da riguardare piuttosto come un legato per legge (8).

**87.** IV. Finalmente, quando non vi è alcuno che eredita, la successione è deferita al fisco, premesso l'invito agli eredi che vi potessero essere.

Il fisco ch'entra nella eredità assume gli obblighi inerenti alla medesima, i debiti, i legati, i fedecommessi, ecc.

Tale diritto del fisco va soggetto a prescrizione. Questa si compie in quattro anni, se non gliene fu dato avviso computato dal momento che la eredità addivenne giacente. Epperciò il possessore della eredità ne acquista irrevocabilmente la proprietà, per qualunque titolo l'abbia posseduta (9).

Se poi il fisco ebbe notizia della eredità vacante la prescrizione si compie dopo trenta anni.

## Capitolo III. — Successione testamentaria.

### Fonti e Bibliografia.

*Inst.*, lib. II, tit. 10-18. — Dig., 38, tit. 1-7. — Cod., lib. 6, tit. 21-29.

Stryck, *De caut. testamentorum fin. Opp.* P. III. — Donellus, *Comm. iur. civil.*, lib. VI, 4-28. — Cuiaci, *Recit. solemn.*, lib. 38, tit. 1-4. — Duaren, *Com. in lib.*, 28-35. — Rivini, *Dissert. Florentini iurispr. test.* — Westphal, *Theorie des römischen Recht von Testament.* — Koch, *Versug einer systematisch Darstellung der Lehre von testam. Erbrecht.* — Rosshirt, *Testament. Erbrecht der Römern.* — Mühlenbruch in *Glück*, XXXIII, pag. 311; XXXIV, XXXV, XLII, pag. 1-288. — Heimbach in Weisk., *Lexicon verb. Testament.*

## I. — Della successione testamentaria in generale.

§ 25. — *Nozione delle disposizioni del testamento.*

88. Che s'intende per testamento; parti essenziali del testamento.

**88.** S'intende per testamento quella disposizione di ultima volontà, *ultima voluntas*, la quale contiene la nomina di uno che deve rappresentare l'autore di esso dopo la morte di lui (10).

Perchè questo atto esista conviene:

*a*) che contenga la istituzione di erede. Non vi ha testamento senza istituzione, come non è possibile trovare una istituzione di erede in un atto che non sia il testamento.

L. 20, *de iur. cod.* (29, 7) - Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait, *tabulas testamenti non intelligi*, quibus heres scriptus non est; et magis codicilli, quam testamentum existimandae sint, et hoc puto rectius dici.

L. 1, § 3, *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6) - ...nam sine heredis institutione nihil in testamento scripto valet.

*b*) che il testatore sia capace di fare un testamento, che abbia in altre parole la *testamenti factio activa;*

*c*) che l'erede istituito sia anch'egli capace di ricevere per testamento, capacità che vien chiamata *testamenti factio passiva;*

*d*) finalmente che sieno osservati quei requisiti e solennità che la legge richiede per la esistenza di un valido testamento.

---

(1) *Nov. 117*, cap. 5, pr.

(2) *Nov. 53*, cap. 6.

(3) *Nov. 117*, cap. 5.

(4) *Nov. 115*, cap. 3, § 12.

(5) L. 20, § 1, C. *de episc. et cler.* (1, 3); *Nov. 5*, § 5; *Nov. 131*, cap. 13.

(6) L. 2, C. *de hered. Decur. etc.* (6, 62); L. 6, § 1, *de iniust. rupt. test.* (28, 3).

(7) LL. 1, 3, 4, 5, C. *de hered. dec.* (6, 62).

(8) L. un., C. *si liberalit. imper.* (10, 14).

(9) L. 1, 4, 5, C. *de bonis vacant.* (10, 10); L. 11, *de iur. fisc.* (49, 14); L. 114, § 2, *de leg.* (30); *Nov. 1*, cap. 1, § 3; L. 1, 6, *de quatrien. praescr.* (7, 27); L. 1, § 2, *de iure fisci* (49, 14).

(10) Nelle fonti s'incontra qualche definizione del testamento, ma in un modo inesatto. Nella L. 1, *qui test. fac. poss.* (28, 2) il testamento è definito in modo che vi i può comprendere anche il codicillo: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Ulpiano (*Fragm.*, XX, § 1) lo definisce: *Testamentum est mentis nostrae iusta sententia in id solemniter facto, ut post nostram mortem valeat* (Pr. *Inst. de test. ord.*, 2, 10).

## § 26. — Capacità di testare. Testamenti factio activa.

BIBLIOGRAFIA.

*T. Inst. quib. non est perm. facere testam.* (2, 12). — T. D., *Qui testam. facere possunt* (28, 1). — T. C., *Qui testam. facere possunt vel non* (6, 22). — Wächter, *Ueber Testirungs. fähigkeit vegen begung.* — Verbrechen, *Archiv. f. civ. Prax.*, XXVII, 14.



**89.** La *testamenti factio* è il potere di fare il testamento e di ricevere per mezzo di esso, onde è stata distinta in *activa* e *passiva*. La prima dinota la facoltà di fare il testamento, la seconda quella di ricevere. E ciò perchè, non potendovi essere testamento senza la istituzione dell'erede, questa parte essenziale fa necessariamente parte della *testamenti factio*.

**90.** La facoltà di fare il testamento appartiene al *ius commercii*. La forma antica del testamento è la *mancipatio*, forma in cui si ha il vero concetto del testamento come atto di ultima volontà, stantechè quello anteriore, *calatis comitiis*, avendo la forza da una deliberazione dei comizi, era più una legge che un atto della persona.

**91.** I. Quindi chi ha il *ius commercii* ha la *testamenti factio*. Nel sistema giustinianeo, sebbene la forma del testamento sia diversa, pure il *ius commercii* è la base della *testamenti factio*. Quindi manca la facoltà di testare

1) agli schiavi,

2) ai peregrini,

3) a tutti coloro che hanno sofferto una *capitis deminutio maxima* e *media*. Così il testamento fatto durante la prigionia di guerra è nullo; se fatto prima di cadere prigione, e poi il testatore muore mentre era ancora prigioniero, il testamento per una finzione di legge (*lex Cornelia*) era mantenuto nella sua validità, reputandosi che fosse morto prima di cadere prigione; lo stesso avviene, se il prigione ritorna, in virtù del *ius postliminii*.

§ 5, *Inst. h. t.* (2, 12) - Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit, sed quod dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet iure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia (1).

II. Oltre al *ius commercii* la *testamenti factio*, essendo una facoltà di alienare o disporre di un patrimonio, manca a chi, pure avendo il *ius commercii*, non ha patrimonio proprio. Quindi il figlio di famiglia non ha facoltà di testare; egli non ha un patrimonio; non è *sui iuris*, e quindi tutto ciò che acquista aumenta il patrimonio paterno.

Pr. *Inst. h. t.* (2, 12) - Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieni iuris subiecti sunt, testamenti ius faciendi non habent, adeo quidem, ut, quamvis parentes iis permiserint, nihilomagis iure testari possint; exceptis iis, quos ante enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere..... Praeter hos igitur, qui castrense vel quasi castrense peculium habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

La eccezione a questa regola riguarda o il privilegio del testamento militare, il quale, come vedremo, esce totalmente dalle regole stabilite per testamenti comuni, o per finzione nel peculio castrense o quasi castrense, per cui il figlio di famiglia viene considerato come un *paterfamilias*.

È vero che da Costantino in poi il figlio di famiglia era considerato proprietario dei peculii avventizi ordinari o straordinari, ma, rimanendo il figlio di famiglia *alieno iure subiectus*, con il diritto di proprietà non gli fu concesso la *testamenti factio activa* (2).

Al figlio di famiglia fu permesso di disporre per donazione *causa mortis* di tutto o di parte del suo peculio profettizio col consenso del padre.

L. 2, § 1, *de mort. caus. don.* (29, 6) - Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest.

La donazione per causa di morte del figlio di famiglia prende valore solo per la volontà del padre, senza di cui la donazione sarebbe nulla.

L. 7, § 4, *de donat.* (39, 5) - Pari autem ratione, qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causa donare prohibebitur, quamvis enim ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit, attamen, ubi cessat voluntas, inhibebitur haec quoque donatio.

Ed è perciò che si è creduto in una tale donazione il padre come il vero donatore. In vero a prima vista parrebbe così, ma è però da riflettere che il figlio dona in nome proprio, quindi non si può considerare come il mandatario del padre, come non si può ritenere mandatario, chi vende la cosa altrui consenziente il proprietario, perchè *aliud est vendere, aliud vendenti consentire*.

Nella L. 9, § 2, *de donat.* (39, 5) si fa una opportuna distinzione: se il figlio di famiglia abbia donato cose appartenenti al suo peculio *iussu patris*, allora è evidente che vi ha una specie di mandato da parte del padre di famiglia, e quindi il vero donatore è il padre *perinde ac si pater ipse donaverit*. Se poi ciò sia avvenuto solo *voluntate*, la donazione viene per iniziativa ed in nome del figlio, e quindi si avrà come il vero donatore: *aut si mea voluntate, rem meam: tu nomine tuo Titio dones*.

III. Anche avendo patrimonio non può fare testamento chi non ha facoltà di disporre. Quindi non hanno la *testamenti factio:*

*a)* Coloro che non hanno volontà, sia a causa della costituzione stessa della persona, come le persone morali, ovvero a causa di una malattia dello spirito, quali i mentecatti, i furiosi, meno naturalmente nei lucidi intervalli. Vanno classificati in questa categoria i prodighi, che sono equiparati ai furiosi, finchè dura la interdizione.

Una Novella di Leone il filosofo (Nov. 39) diede efficacia al testamento del prodigo, quando in esso non si scorgeva la volontà di dissipare il patrimonio, ma invece avesse testato da savio, come se avesse disposto in favore dei

(1) L. 8, pr. *h. t.* (8, 1). Per il condannato a pena capitale L. 18, *h. t.* (28, 1); per la *capitis deminutio media*, L. 8, § 1, *eod.*

(2) L. 11, Cod. *h. t.* (6, 22). ..... Nullo enim modo hoc eis permittimus: sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias, nisi in certis casibus, testamentum facere nullo modo concedit.

parenti, o per scopo di beneficenza avesse lasciato ai poveri parte del suo patrimonio. In generale si stabilì il principio che si dovesse mantenere quella disposizione che avrebbe fatto qualunque buon padre di famiglia. *Quid enim si prodigus suis relinquere, vel pauperibus suo distribuere, aut grave servitutis onus servorum cervicibus adimere velit?* È questione se si debba tener conto di questa novella (1). Per noi forma un precedente storico che non va trascurato (2).

*b*) Gl'impuberi *sui iuris* non possono fare testamento, neppure col consenso del tutore, essi non possono avere alcuna efficace determinazione di volontà.

§ 1, *Inst. h. t.* (2, 12) - Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est; item furiosi, quia mente carent; nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente; nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

L. 2, *h. t.* (28, 1) - In eo qui testatur, eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas, exigenda est (3).

*c*) Manca la capacità di fare testamento ai sordimuti. Essi potevano impetrare il permesso dal Principe.

L. 6, § 1, *h. t.* - Surdus mutus testamentum facere non possunt..... — L. 7, *eod.* - Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere a Principe impetravit, valet testamentum.

Giustiniano infine concesse al muto ed anche al sordomuto, la facoltà di fare il testamento, purchè lo scrivesse di proprio pugno; similmente si concesse la stessa facoltà al sordo, solo quando dettasse il suo testamento. Confermò la incapacità assoluta pel sordomuto nato.

§ 3, *Inst. h. t.* - Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt; utique autem de eo surdo loquitur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe autem etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt; unde nostra constitutio (4) etiam hiis subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere, quae his permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetitudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus permanet testamentum.

IV. La *testamenti factio activa* può mancare per pena nei seguenti casi:

*a*) Agli eretici ed agli apostati.

L. 4, § 5, C. *de haeret. et manichaeis* (1, 5) - Ergo et suprema illius scriptura irritavit, sive testamento, sive codicillo, sive epistola, sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui manichaeus fuisse convincitur.

L. 3, C. *de apost.* (1, 7) - Is qui sanctam fidem prodiderunt, ut sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni testamenti, ut ante iam sanximus, non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes (5).

*b*) I Pasquillanti.

L. 18, § 1, *h. t.* (28, 1) - Si quis ab carmen famosum damnetur, Senatoconsulto expressum est, ut intestabilis sit, ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

*c*) Chi commette incesto può istituire solo i figliuoli legittimi, manca la *testamenti factio* rispetto agli altri.

L. 6, C. *de incest. et inutil. nupt.* (5, 5) - .....Testamento suo extraneis nihil relinquat, sed sive testato, sive intestato, legibus ei et iure succedant, si forte ex iusto et legitimo matrimonio editi fuerint, hoc est de descendentibus filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis, de ascendentibus, pater, mater, avus, avia, de latere frater, soror, patruus, amita. Testandi sane ita demum habeat facultatem, ut his tantum personis pro iuris ac legum, quod voluerit, arbitrio relinquat, quas succedere imperialis praecepti tenore mandavimus; ita tamen ut ab hereditate defuncti penitus arceatur, si quis ex his, quos memoravimus, in contrahendis incestis nuptis consilium iniisse mostrabitur, successuro in locum illius, qui post eum gradu proximus invenitur. Et sane, quae de viris cavimus, etiam de feminis, quae praedictorum sese consortiis commaculaverint, custodiantur. Memoratis vero personis non extantibus, fisco locus pateat.

Questa legge fu modificata dalla N. 12, per cui l'incestuoso perdeva immediatamente la proprietà in favore dei figli ed, in mancanza di essi, in pro del fisco. Quanto poi ai beni futuri la legge non dispone, ond'è che secondo una sana interpretazione debba rimanere in vigore la legge 6 testè riprodotta (6).

**92.** La capacità di fare testamento bisogna che vi sia non solamente di fatto; conviene che il testatore abbia la coscienza di averla. Chi è incerto trovarsi nello stato di avere la capacità, è considerato incapace di testare. Se Tizio figlio di famiglia nella incertezza che il padre sia morto, e quindi incerto se egli fosse ancora *alieno iure subiectus*, o sia diventato *sui iuris*, fa testamento, anche che in fatto il padre fosse morto all'epoca della confezione del testamento, questo, a causa della incertezza dello stato in cui era il testatore, è nullo.

L. 15, *h. t.* (28, 1) - De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt.

**93.** Per la validità del testamento bisogna che la capacità di disporre esista al momento della compilazione dell'atto.

L. 19, *h. t.* - Si filiusfamilias aut pupillus aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut pupillus pubes aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.

Se all'incontro uno fa testamento mentre è capace, e dipoi perde la capacità, allora, se la perdita avviene per *capitis deminutio* (7), il testamento è nullo, se per altri motivi il testamento non perde nulla del suo valore.

L. 10, § 4, *h. t.* - Testamentum... quod ante furorem consumavit, valebit (8).

### § 27. — *Capacità di ricevere per testamento. Testamenti factio passiva.*

Bibliografia.

I. *Inst. de hered. inst.* (2, 14). — D. *de hered. inst.* (28, 5). C. *de hered. inst. et quae personae hered. instit. non poss.* (6, 24). — C. *de incertis personis* (6, 48).

Northoff, *Die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu erricht. Stiftung*, Gött 1883. — Heumann, *Ueber der Erbfähigkeit der postumi; Zeitschrift. f. Civilr. und. Process*, XIX, 10.

94. Carattere della *testamenti factio passiva;* essa appartiene al *ius commercii.* — 95. Persone a cui manca la *testamenti factio passiva* per difetto del *commercii ius;* capacità degli schiavi di ricevere per testamento; differenza se lo

(1) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXIII, pag. 383.
(2) § 2, *Inst. h. t.*; L. 17, *eod.* (28, 1); L. 9, Cod. *h. t.* (6, 22).
(3) L. 10, Cod. *h. t.*
(4) *Nov. 115*, cap. 3, § 14.

(5) Vedi in contr. Vangerow, *Pand.*, II, § 429, pag. 75 (7ª ed.).
(6) L. 1, pr. *de leg.* (32). Ulp., *Fragm.*, XX, ss.
(7) L. 8, § 12, *h. t.*
(8) L. 6, pr. *h. t.*

schiavo che s'istituisce è proprio od alieno; limitazione del diritto antico per la istituzione d'un servo proprio; modificazione giustinianea; *testamenti factio* del figlio di famiglia. — 96. Mancanza di *testamenti factio passiva* per pena; i figli del condannato per alto tradimento; degli eretici ed apostati; della donna che si marita durante l'anno del lutto; incapacità degl'*intestabiles*. — 97. Mancanza di *testamenti factio passiva* relativa; limitazione della legge Voconia; figli naturali; la istituzione dell'imperatore *litis causa*; il coniuge binubo. — 98. Certezza della persona che dev'essere istituita; incapacità delle persone incerte: postumi, collegi, chiese; costituzione di Giustiniano *de incertis personis*. — 99. Della capacità ad acquistare distinta dalla idoneità di essere istituito erede; importanza della distinzione; persone incapaci; celibi; latini iuniani; reciproca successione dei coniugi; *femina probosa*.

**94.** La capacità di essere istituito erede nel testamento è detta *testamenti factio*, perchè, essendo, come vedremo più innanzi, la istituzione dell'erede una parte integrale del testamento, la *testamenti factio* comprende anche la capacità di essere istituito; senza di essa il testamento sarebbe nullo.

Il testamento può contenere altre disposizioni come legati, fidecommessi, e quindi, per i legatarii v'ha bisogno della capacità a ricevere per testamento, la quale, sebbene impropriamente, non essendo essenziale al contenuto del testamento, si chiama anche *testamenti factio passiva*.

L. 7, *pro legato* (41, 8) - Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est (1).

La *testamenti factio passiva*, come l'attiva, fa parte del *ius commercii*, e quindi deve mancare a colui che non ha il *ius commercii*.

**95.** Manca adunque la *testamenti factio passiva* per mancanza di *commercium*

1) Ai peregrini,

2) Ai prigionieri di guerra, salvo il *ius postliminii;*

3) Ai condannati a pene capitali;

4) Quanto agli schiavi romani non si può dire che loro manchi la *testamenti factio passiva;* essi ve la hanno nel medesimo modo come la capacità di conchiudere qualunque atto giuridico, cioè non per sè, ma per i loro padroni. Anche nella eredità testamentaria i servi si rappresentano come gli istrumenti di acquisto dei loro padroni.

Gai, *Inst.*, II, 185 - Sicut autem liberi homines ita et servi, tam nostri, quam alieni, heredes scribi possunt.

Pr. *Inst. h. t.* - Heredes instituere permissum est tam liberos quam servos, et tam proprios quam alienos (2).

Certo la capacità dello schiavo ad essere istituito in questo senso ha una diversa importanza nel caso che lo schiavo istituito appartenga al testatore ovvero ad altri.

Lo schiavo proprio anticamente poteva essere istituito solo *cum libertate*, espressamente dichiarata nel testamento.

Gai, *Inst.* II, 186 - Sed noster servus simul et liber et heres iuberi debet, id est, hoc modo: *Stichus servus meus liber heresque esto, vel: heres liberque esto.* — 187 - Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constituit; ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini cernere hereditatem.

Questa forma d'istituzione che costituiva la *manumissio ex testamento* era fondata sulla vera *testamenti factio passiva*, in quanto che, addivenendo libero il servo, era considerato come capace per sè a ricevere per testamento, onde Gaio stesso prosegue al n. 188:

Cum libertate vero heres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber idemque necessarius heres, si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, *suo arbitrio adhire potest*, quod si alienatus sit, iussu novi domini cernere hereditatem debet, et ex ratione per eum dominus sit heres; nam ipse alienatus neque heres neque liber esse potest.

Queste regole furono modificate da Giustiniano, il quale, decidendo un'antica controversia tra i Sabiniani e Proculeiani, stabilì che, se il servo proprio fosse stato istituito senza essere stato espressamente dichiarato libero dal testatore, la istituzione era valida, ed il servo, purchè si fosse trovato tale sotto la *dominica potestas* del testatore, addiveniva libero ed erede. Aggiunge Giustiniano nel testo delle istituzioni citato:

Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter, quam cum libertate, recte instituere licebat; hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione (3) heres eo permissum est; *quod non per innovationem induximus*, sed quoniam et aequius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente.

In un caso il servo proprio, anche instituito *cum libertate*, non conseguiva nè la libertà, nè la eredità, ed era quando egli si rendeva colpevole di adulterio, e ciò per una costituzione degli imperatori Severo ed Antonino:

Servum adulterio (con la padrona che lo istituisce erede), maculatum, non iure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat eiusdem criminis postulata, rationis est; quare requiritur, ut in eundem a domino collata institutio nullius momenti habeatur.

Nella istituzione il servo alieno si rappresenta come l'istrumento del padrone; egli perviene all'eredità, ma non per sè, ma in interesse del padrone. Quindi è necessario che il padrone avesse rispetto al testatore la *testamenti factio passiva*.

Ulp., *Fragm.*, XXII, 9 - Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus.

L. 31, pr. *h. t.* - Non minus servos, quam liberos heredes instituere possumus, si modo eorum servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta sit.

Il padrone dello schiavo istituito, non dev'essere per questo considerato come istituito erede, di guisa che egli erediti, anche quando il servo non si trovi più sotto la sua potestà al tempo della morte del testatore. Imperocchè, se il servo fosse dal padrone alienato e si trovasse sotto la potestà di un altro al momento della morte del testatore, ovvero fu manomesso, si ha che, nel primo caso, acquista il nuovo padrone; se invece fu manomesso acquista egli stesso.

§ 1, *Inst.* - Alienus quoque servus heres institutus, *si in eadem causa duraverit*, iussu eius domini adire hereditatem debet, si vero alienatus fuerit ab eo aut vivo testatore, aut post mortem eius antequam adeat, debet iussu novi domini adire, et si manumissus est, vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest (4).

(1) L. 82, § 2, *de legat.* (32).
(2) Ulp., *Fragm.*, XXII, 7.
(3) L. 5, C. *de necess. serv. hered. inst.* (6, 27).
(4) L. 48, § 2, *h. t.* Vedi anche Theophilus nelle parafrasi alle Istituzioni al Pr. *Inst. h. t.* Nelle altre limitazioni, che più non sono in vigore nelle legislazioni giustinianee, si trovano delle tracce nella L. 9, § 4, L. 51, *h. t.*, L. 1, C. *de necess. her. inst.* (6, 27).

Conseguentemente al principio su annunziato, cioè che il padrone non deve considerarsi come erede istituito, ma il servo, il quale poi acquista per il padrone, si ritiene che, se il servo muore prima del testatore, o prima che *iussu domini* abbia adito la eredità, la istituzione del servo si avrà come non fatta (1).

Nelle fonti il figlio di famiglia quanto alla *testamenti factio passiva* lo si trova menzionato in unione e quasi alla stessa riga dello schiavo (2). Però il figlio di famiglia è una personalità a sè, e quindi, se per mancanza di facoltà a disporre gli manca la *testamenti factio activa*, ha, non per riflesso e come istrumento (come è il caso dello schiavo), ma in virtù della propria personalità, la *testamenti factio passiva*.

Ma finchè è sottoposto alla patria potestà nel diritto antico il figlio di famiglia acquista la eredità *iussu patris* ed in questo solo è equiparato allo schiavo.

Ciò non pertanto il figlio di famiglia poteva prima eccezionalmente, poi anche di regola, avere un patrimonio, con la istituzione de' peculii. Relativamente al peculio *castrense* e *quasi castrense* era considerato come un *pater familias*, e quindi il padre non aveva ingerenza alcuna sugli acquisti di cose che entravano a far parte del suo peculio *castrense* o quasi, eppoi con i peculii avventizi regolari ed irregolari egli acquistava per sè le eredità a lui deferite per testamento. Solo che in questi ultimi peculii si sentiva ancora la influenza della patria potestà, essendo la eredità ancora in questi rapporti acquistata dal figlio di famiglia col consenso del padre (3).

**96.** I. I figli condannati per alto tradimento non hanno come il loro genitore la *testamenti factio passiva*. Una feroce costituzione di Arcadio dell'anno 397 dell' E. V. condanna questi infelici alla estrema miseria.

L. 5, § 1, C. *ad L. Jul. maiestatis* (9, 8) - Filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur) a materna vel avita omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes vel pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos unquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his, perpetua egestate sordentibus, sit et mors solatium et vita supplicium.

Solo fu fatta grazia per la figlia, la quale rispetto alla madre poteva ottenere una parte dell'eredità, eppercìò essere istituita per una *falcidia*, cioè nella quarta parte, e ciò, come si esprime la costituzione, *ut habeat mediocrem potius filiae alimoniam, quando integrum emolumentum ac nomen heredis. Mitior enim circa eas debet esse sententia, quae pro infirmitate sexus minus ausura esse confidimus* (4).

È negata anche la *testamenti factio passiva* agli eretici (5).

Anche alla vedova, che si marita durante l'anno in cui è obbligata a serbare il lutto, è negata la *testamenti factio passiva*, sebbene avesse, rispetto ai parenti, un limitato diritto di succedere *ab intestato*.

L. 1, C. *de secund. nupt.* (5, 9) - Si qua mulier nequaquam luctus religioni priori viri nuptiarum festinatione prestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis; praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plusquam tertiam partem relinquat; *omnium praeterea hereditatum legatorum, fideicommissorum suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers*.

È dubbio se con la *Novella 22*, questo punto di diritto sia stato modificato, e non si sia concesso alla vedova binuba la *testamenti factio passiva* limitata verso alcune persone. Il capitolo 22 della novella citata, così si esprime relativamente al punto in questione:

..... sed neque extrinsecus sentiet largitatem, neque percipiet penitus ab ullo extraniorum non hereditatem, non fideicommissum, non legatum, non mortis causa donationem, sed haec veniant aut maneant apud heredes defuncti, aut coheredes eius, si poterat heres esse, utpote ea nullam utilitatem habente.

Ora è dubbio, se dicendo la legge che non può acquistare la eredità da altro estraneo, debba intendersi che la vedova binuba possa avere la *testamenti factio passiva* rispetto ai parenti. Questa interpretazione non sarebbe in armonia con tutta la disposizione della *Novella 22*. Giustiniano al cap. 22 conferma completamente il diritto anteriore su questo argomento, e quindi dice che la vedova binuba non deve lucrare nulla della sostanza del primo marito, e dippiù non può per liberalità *causa mortis* lucrare nulla dall'estraneo. Volere da ciò inferire che ella possa avere la *testamenti factio* verso i parenti, è andare molto al di là del pensiero del legislatore (6).

Si mette in dubbio, se gl'intestabili siano privati della *testamenti factio passiva*. Certo le fonti a questo proposito non hanno una determinazione precisa; la stessa L. 18, § 1, *qui test. fac. poss.* (28, 1) stabilisce la regola che l'intestabile non ha la *testamenti factio activa*, nè può essere adibito come testimone in un testamento. Bisogna convenire però che sempre, da Teofilo in poi, si sia interpretato la regola nel modo più esteso possibile, comprendendo anche la negazione della *testamenti factio passiva*.

Teoph. Paraphr., *Inst. ad Lib.* II, tit. 10, § 6 (trad. Reitz, pag. 339) - Oderunt hunc leges, neque permittunt eum qui capere ex alieno testamento, neque ei dant testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamento condente.

In un'Autentica di Federico II, *Auth. credentes* [alla L. 4, C. *de haeret. et Man.* (7)] è detto:

.... sit etiam intestabilis, ut nec testandi liberam habeat facultatem, nec ad hereditatis successionem accedant.

Per la qual cosa non si hanno testi precisi per negare agl'*intestabiles la testamenti factio passiva*. I testi che vi si possono riferire riguardano uno stato del diritto, quando l'erede poteva essere considerato come un contraente, e quindi l'*intestabilis* non vi poteva farne parte, e che la funzione dei testimoni riguarda tanto il testatore che l'erede; ma questo concetto è inapplicabile al diritto giustinianeo per cui il testamento è un atto unilaterale e quindi la funzione del testimone, del *testabilis*, riguarda il testatore non l'erede.

**97.** II. La *testamenti factio passiva* può mancare semplicemente nei rapporti di alcune determinate persone, e, per certe qualità di persone, non assolutamente nei seguenti casi.

(1) L. 63, pr. *ad L. Falc.* (35, 2).

(2) Vedi i testi innanzi citati, L. 6, *qui test. fac. poss.* (281).

(3) L. 5, *de castr. pecul.* (49, 17); T. C. *de bon. mat.* (6, 60); *eod.*, *de bonis quae lib.* (6, 61); L. 18, § 4, C. *de iur. delib.*, (6, 30); L. 6, L. 8, pr. § 1, C. *de bon. quae lib.* (6, 61); L. 26, 36, *de acq. vel om. hered.* (29, 2).

(4) L. 5, § 3, *ad L. Iul. maiest.* (9, 8).

(5) L. 5, C. *de haeret. et Manichaeis* (1, 5); *Nov. 115*, c. 3, § 32, cap. 3, § 8; L. 3, C. *de apost.* (1, 7).

(6) Vangerow, I, § 227, nota 3. Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 512, nota 11. *In Glück*, *Pand.*, XXXIX, pag. 250.

(7) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXIX, pag. 257, ss.

1) Nel diritto antico alle donne mancava la *test. fact.* per legge Voconia (anno di Roma 585), però esse erano incapaci di essere istituite eredi solo rispetto a quei testatori che fossero censiti nella classe, che possedevano da centomila sesterzi in su. Questa legge però è completamente abolita nella legislazione giustinianea (1).

2) I figli naturali avevano verso del padre una limitata capacità ad essere istituiti eredi.

Questa regola ha subito molte modificazioni. Per mezzo di una costituzione di Arcadio Onorio e Teodosio (ann. 405 E. V.) (2) si stabilì che, chi non avesse figli, nipoti di un figlio o la madre vivente, poteva istituire i suoi figli naturali in una quarta parte, ossia in tre once del suo patrimonio. Se poi avesse la madre o qualche legittimo discendente, allora i figli naturali potevano essere istituiti solamente in un dodicesimo.

Questa costituzione fu accolta nella collezione Giustinianea in parte nella L. 2, Cod. *de natural. lib.* (5, 27).

Matre vel legitimis filiis vel nepotibus, aut pronepotibus, cuiuscumque sexus, uno pluribusque existentibus, bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis filiabus eorumque genitrici, vel si sola sit concubina, semunciam elargiendi vel requirendi habet potestatem. Quidquid ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri vel ceteris successoribus iure reddatur.

Il modo e i termini con cui fu introdotta questa costituzione, lascia il dubbio se fosse stata abolita la limitazione esistente nella costituzione teodosiana ai figli naturali, quando non vi fossero figli legittimi. Certo, se non è stata riprodotta quella parte della costituzione che rifletteva il caso della totale mancanza di figli od eredi legittimi, bisogna convenire che la limitazione fosse stata abolita. Però fu abolita non completamente, ma come misura, poichè una costituzione di Giustiniano stabilì che in tal caso i figli naturali con la madre potevano essere istituiti nella metà dell'asse ereditario.

L. 8, Cod. *de natur. lib.* (5, 27) - Humanitatis intuitu naturalibus patribus hoc indulgemus, ut liceat eis, nulla legitima sobole vel matre subsistente, naturalem vel naturales filios matremque eorum non tantum ex tribus unciis, quod praeteritae leges permittebant, sed etiam ex duplici portione, idest sex unciis, heredes scribere, ut, licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent, etc.

Finalmente la successione dei figli naturali fu definitivamente regolata dalla Nov. 22, cap. 12. Secondo questa ultima disposizione, se il testatore ha discendenti legittimi, i figli naturali con la madre loro possono essere istituiti in un dodicesimo, la concubina sola in un ventiquattresimo, cioè in una mezz'oncia. Tutto quello ch'è disposto in più cade di diritto ai figli legittimi.

Se non vi sono discendenti legittimi, ma, p. es., padre o madre che hanno diritto alla porzione legittima, questa restando salva, sul resto possono essere istituiti i figliuoli naturali. Finalmente in mancanza di tali eredi legittimi i figli naturali non sono in nessun modo limitati, e quindi la loro *testamenti factio passiva* è perfetta e completa.

Parlando qui la legge dei figliuoli naturali, non bisogna estendere questa totale o parziale *testamenti factio passiva* ad altri figli nati fuori matrimonio, perchè non v'è per gli altri, come per i *vulgo quaesiti*, o per gli adulterini la *paritas rationis*.

3) Non può essere istituito erede il principe *litis causa*. Questa limitazione che fu determinata da una orazione di Pertinace riguarda due cose. Innanzi tutto è una pena per chi volesse istituire il principe allo scopo di continuare o iniziare un processo con la speranza che, stante il principe come parte, l'avversario potrebbe essere soprafatto.

È lo stesso principio per cui non si possono cedere le obbligazioni al più potente.

In secondo luogo riguarda i testamenti imperfetti, i quali, tuttochè vi fosse istituito il principe, *legibus solutus*, ciononpertanto il testamento rimane nullo.

§ 8, *Inst. quib. mod. test. infirm.* (2, 17) - Eadem oratione expressit (sc. Pertinax) non admissuram se hereditatem eius, qui litis causa principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, cui iuris auctoritas desit, aliquid ademptурum. Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: *licet enim*, inquiunt, *legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus* (3).

4) Il coniuge del binubo non può dall'altro coniuge ricevere per testamento più di quello ch'ebbe ciascun figliuolo del primo letto.

Se questi insieme hanno ricevuto porzioni disuguali, non può il coniuge ricevere dippiù del meno beneficato tra i figli del primo letto. Quello che gli si è lasciato al di là di questa misura è come non disposto e si accresce ai figli del primo matrimonio (4).

5) La vedova che si marita durante l'anno di lutto non può istituire erede il suo nuovo marito in più di un terzo del suo patrimonio (5).

**99.** III. La persona da istituire deve essere certa, non si può istituire una persona incerta, nè nulla le si poteva lasciare per legato.

La nozione della persona incerta ce la dà Gaio nelle sue Istituzioni, II, 238:

Incertae personae legatum inutiliter relinquitur: incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit, velut si legatum sit, *qui primum ad funus meum venerit, ei heres meus X millia dato:* idem iuris est, si generaliter omnibus legaverit; *quicumque ad funus meum venerit in eadem causa est;* quod ita relinquitur, quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit ei heres meus X millia dato: illud quoque quod ita relinquitur, *qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt*, aeque incertis personis legari videtur, et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, velut *ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit ei X millia heres meus dato* (6).

Sono eccettuati da questa regola quelle che s'indicano quali possibili testimoni nel testamento, per esempio, *illis qui testamentum meum signaverint heres meus decem dato* (7). Sono eccettuati egualmente le incerte persone, che possono avere una certa dimostrazione, per esempio, chi dei miei parenti verrà primo ai miei funerali.

Possono essere considerate come *personae incertae*

(1) Vedi Mühlenbruch *in Glück, Pand.*, XXXIX, pag. 28, ss. e gli autori citati nella nota 84.

(2) Questa costituzione che non si trova nella collezione del Cod. teodosiano, fu segnata e pubblicata dal Peyron nel 1823.

(3) Vedi Mühlenbruch, op. cit., pag. 300.

(4) L. 6, C. *pr. de secund. nupt.* (5, 9). *Nov. 22*, cap. 27.

(5) L. 12, C. *de sec. nupt.* (5, 9).

(6) Vedi Ulp., *Fragm.*, XXII, 4, XXIV, 18, XXV, 13; § 25 *Inst. de leg.* (2, 20); Gai, *Inst.*, II, 287.

(7) L. 14, *de reb. dub.* (34, 5). Ved il testo riportato.

*1)* I poveri secondo l'antico diritto. Più tardi per una costituzione di Valentiniano (1) i poveri potevano essere considerati nel testamento. Giustiniano infine riconobbe per queste persone incerte anche la capacità di essere istituita erede; però il patrimonio ereditario doveva essere acquistato da una determinata persona fisica o morale che potesse rappresentare i poveri, come il *xenon* o capo dei poveri, gli ospedali siti nel domicilio del testatore o le chiese che aveva determinati poveri, o quelli che aveva potuto avere in mente il testatore.

Simili determinazioni furono prese relativamente ai prigionieri (2).

*2)* I postumi, come persone non ancora esistenti, erano considerati come persone incerte, e quindi erano incapaci a ricevere per testamento.

Gai, *Inst.*, II, 242 - Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus, est enim incerta persona.

Fin dal tempo classico della giurisprudenza romana, ad evitare l'inconveniente della rottura del testamento per la nascita di un postumo, si permise la istituzione del *postumus suus*, quello che, nascendo, sarebbe l'erede necessario del defunto, perchè sarebbe stato sottoposto alla sua patria potestà, se fosse nato vivente il testatore. Il diritto pretorio estese la efficacia della istituzione anche ai postumi alieni dando loro la *bonorum possessio secundum tabulas*, purchè però il postumo istituito fosse stato già concepito alla morte del testatore.

§ 28, *Inst. de legat.* (2, 20) - Postumus autem alienus heres institui, et antea poterat, et nunc potest, nisi in utero eius sit quae iure nostro uxor esse non potest (3).

Giustiniano in una costituzione *de incertis personis* rammentata nelle Istituzioni stabilì la validità anche per diritto civile della istituzione del postumo alieno.

Princ. *Inst. de bon. poss.* (3, 9) - ..... Nam si alienus postumus fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonor. possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adiuvabatur, sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus.

*3)* Le persone giuridiche, non esistendo fisicamente, erano anche considerate come persone incerte e quindi incapaci ad essere istituiti eredi.

Ma anche per questo, come per gli altri casi antecedentemente esaminati, si derogò a poco a poco all'antico principio, e si finì dal considerare la persona giuridica capace ad essere ricordata nel testamento. La prima derogazione si ha per mezzo di un senatoconsulto che la corporazione o l'ente morale in generale potesse essere istituito erede dal proprio liberto, più a tutti gli enti morali poteva essere rilasciato un fedecommesso.

Ulp., *Fragm.*, 5 - Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est et, neque genere universi, neque pro herede genere possunt, ut heredes fiunt. Sed Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed et fidecommisso hereditas municipibus restitui potest, deque hoc Senatusconsulto prospectum est.

Le disposizioni che le leggi romane presero in seguito rispetto a questo punto sono le seguenti:

*1)* L'imperatore Nerva permise che si potesse rilasciar legati alle città dell'impero. Ciò fu confermato da Adriano.

Ulp., *Fragm.*, XXIV, 28 - Civitatibus omnibus quae sub imperio populi romani sunt, legari potest, idque a divo Nerva introductum, postea a Senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est.

L'imperatore Leone dichiarò valida la istituzione di erede delle città (4).

*2)* Marco Aurelio stabilì che ogni altro collegio poteva essere ricordato dal testatore per mezzo di un legato, se invece fosse istituito erede, ci bisognava una speciale concessione per ereditare.

L. 8, C. *eod.* (6, 24) - Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est (5).

*3)* Finalmente Costantino rese efficace anche la istituzione di una determinata chiesa. Questa concessione fu estesa da Giustiniano anche quando fosse stato istituito erede Gesù Cristo o un Arcangelo o un Martire. S'intende però che fosse istituita erede la chiesa della città del vivo od in generale del luogo dell'ultima dimora del testatore (6).

Giustiniano emanò una costituzione *de incertis personis*, la quale ebbe una decisiva influenza sopra tutti i punti finora osservati. Il contenuto di questo documento legislativo non è pervenuto a noi, è annunziata nelle Istituzioni (7), ma non si trova registrata nella collezione del Codice Giustinianeo. Conzio, come una *lex restituta*, ne inserì un frammento nella sua edizione del Codice sotto il titolo L. unica *de incertis personis*, VI, 48... ricostituendola da quello che fu trovato nelle Istituzioni giustinianee (8), da due passi dei così detti Paratitla attribuiti a Teodoro Balsamon, dal *Nomocanon di Photius* (9), e finalmente da uno scholio dei Basilici (10).

Con questa costituzione Giustiniano stabilì la capacità di molte persone incerte, prima incapaci o indirettamente capaci, per esempio, il postumo alieno fu reso idoneo a essere istituito erede anche per diritto civile, altre persone incerte, come la classe dei medici, dei senatori, o di altra professione o mestieri fu considerata capace, in guisa che la istituzione di erede dei senatori, dei medici, degli avvocati, portava che l'eredità doveva essere divisa egualmente tra tutti gl'individui della classe istituita... *et portiones aequas inter se dividunt singulis, qui tempore mortis in catalogo re-*

(1) L. 24, Cod. *de episc. et cleric.* (1, 3).
(2) L. 39, *eod.*
(3) Gai, *Inst.*, II, 242, I, 147; Princ. *Inst. de bon. poss.* (3, 9); L. 3, *de bon. poss. sec. tab.* (37, 1).
(4) L. 12, Cod. *de hered. inst.* (6, 24).
(5) Vedi anche L. 20, *de reb. dub.* (34, 5).
(6) L. 26, Cod. *de sac. eccles.* (1, 2). Questa concessione in sostanza poi non era completamente nuova, perchè anche il diritto antico permetteva la istituzione di determinati tempii. Ulp., XXV, 6 - Deos heredes instituere non possumus, praeter eos quos Senatusconsulto, constitutionibusque principum instituere concessum est, sicut Iovem Tarpeium, Apollinem Didymeum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem.
(7) Pr. *Inst. de bonor. poss.* (3, 9); § 26-28, *Inst. de leg.* (2, 20).
(8) Si crede invece che la collezione di brani di costituzione, chiamata *Paratitla*, fosse di autore ignoto, e che erroneamente sono stati attribuiti a Balsanon. Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXIX, pag. 400, nota 83.
(9) Vedi Augustinus, *Constit. graecar.*, *Cod. Iust. coll.*. lib. VI, tit. 48 *in opp. omn.*, Luc. 1766, pag. 225, ss.
(10) Schol. 9, in Lib. 48, tit. 2, *de fidei commiss.* (Fabratus, tom. VI, pag. 506). Una notizia molto particolareggiata si trova nel repertorio dei Basilici del così detto *Tipucitus*, che è stata riprodotta nell'edizione dei Basilici di Heimbach come fr. 29, nel lib. 44, tit. 18, tomo IV, pag. 437 ss. Vedi Vangerow, loc. cit., pag. 84 (7ª ediz.).

*periuntur, nisi certam quantitatem testator unicuique assignaverit* (1).

**99.** Oltre alla capacità di essere istituito erede detta *testamenti factio passiva*, nelle fonti si trovano le tracce di una distinzione nata dalla L. Giulia e Papia Poppea, cioè di una incapacità ad acquistare per testamento che si distingue dalla prima nella essenza sua, e nelle conseguenze giuridiche. Idoneità ad essere istituito erede val dire potere di essere scritto come tale nel testamento, onde appartiene alla *testamenti factio*. Nel determinarsi la possibilità di una tale capacità di Tizio rispetto a Mevio i Romani si esprimevano per lo più con la formola: *Titius cum Moevio est, aut non est testamenti factio* (2). La capacità ad acquistare invece riguarda l'acquisto, sia della eredità sia del legato, e questo è un potere che si rapporta non alla facoltà di fare testamento, alla *testamenti factio*. Nel caso su esposto i Romani si esprimevano con le parole *Titius nihil capere potest ex testamento Moevii*.

Di qui la conseguenza che la *testamenti factio passiva* è indispensabile al tempo della redazione del testamento; la mancanza di essa a quel tempo infizia la istituzione, che necessariamente deve essere ritenuta come non scritta (3). Invece la capacità ad acquistare la eredità od il legato dev'esservi al momento dell'acquisto, di guisa che l'idoneo, che ha la *testamenti factio passiva* e che si trova in una di quelle condizioni per cui uno diventa incapace, non può acquistare, *non potest capere*. Ed è in questo senso che bisogna comprendere il passo di Terenzio Clemente.

L. 52, *de legat.* (31) - Non oportet prius de conditione cuiusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertinet (4).

Similmente la mancanza della *testamenti factio passiva*, avendo per conseguenza di far considerare la disposizione a favore del non idoneo come non scritta, la parte determinata in questa istituzione è devoluta di diritto agli altri coeredi; invece la porzione o il legato della persona incapace per la legge Giulia e Papia diventa *caducum*, ed è di regola devoluta al fisco, salvo date alcune eccezioni per cui fu stabilita la *caduci vindicatio* (5).

Finalmente è da rigettare la dottrina di coloro che affermano si potesse istituire una persona, che non ha la *testamenti factio passiva*, sotto la condizione che addivenisse in seguito idoneo, e ciò perchè tale dottrina sarebbe riconosciuta dalla

L. 62, *de hered. inst.* (28, 5) - In tempus capiendae hereditatis institui heredem benevolentiae est, veluti L. Titius, *quum capere potuerit, heredes esto* (6).

Il testo si riferisce indubbiamente al *ius capiendi*, cioè alla capacità di acquistare la eredità o il legato e non alla *testamenti factio passiva*. Chi è in sè medesimo capace di essere istituito erede, ha la *testamenti factio passiva*, ma se non può *capere hereditatem legatumve*, può essere istituito sotto quella condizione. Oramai è questa una opinione comune presso gli antichi come presso i moderni interpreti (7).

Sono considerati come incapaci secondo la legge Giulia e Papia Poppea:

*a)* Il celibe, l'*orbus*, e il *pater solitarius;* era detto celibe colui il quale non era ammogliato, nè aveva figli, egli non poteva *capere* nulla di quanto gli si era lasciato. Era detto *orbus* chi era ammogliato, ma non aveva figli, egli poteva acquistare la metà del lascito.

Gai, *Inst.*, II, 111 - Celibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est, qui liberos non habent, quos lex Papia plusquam dimidias partes hereditatis legatorumque capere vetat, ex militis testamento solidum capiunt (8).

Il *pater solitarius* finalmente era quello che aveva figli, ma non moglie; fino a qual punto esso sia incapace non è detto in nessun luogo, non ci resta che la sola rubrica del titolo di Ulpiano XIII, *de coelibe, orbo et solitario patre*. Non è improbabile, ch'esso fosse trattato come l'orbo, cioè che dovesse essere capace di acquistare la metà di quello che gli si lasciava.

*b)* I coniugi reciprocamente potevano acquistare solo la decima parte.

Questa limitazione era resa più mite, potendo essi acquistare insieme alla decima parte in proprietà l'usufrutto di un terzo. Questo stesso terzo era acquistato in proprietà *quandoque filios habuerit*. Oltre a ciò ognuno di essi poteva acquistare un'altra decima parte per ciascun figlio vivente del matrimonio antecedente, o per ogni figlio comune morto, da non superare il numero di due. Tuttociò però quando questo figlio comune fosse morto dopo del *dies nominum* cioè il nono pel bambino e l'ottavo per la bambina (9) e prima di compiere i tre anni.

Ulp., *Fragm.*, XV - Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt. Quod si ex alio matrimonio liberos superstites habeant, praeter decimam, quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiant. — 2. Item communis filius filiave post nonum diem amissus amissave unam decimam adiicit; duo autem post nonum diem amissi duas decimas adiiciunt.— 3. Praeter decimam etiam usufructum tertiae partis bonorum vir et uxor capere possunt, ut quandoque liberos habuerint, eiusdem partis proprietatem: hoc amplius mulier, praeter decimam dotem relegatam sibi.

In certi casi i coniugi aveano tra loro la perfetta capacità di acquistare (10).

Le disposizioni della legge Giulia e Papia Poppea furono estese alle donazioni *mortis causa* (11) e per mezzo del SC. Pegasiano furono applicate anche ai fedecommessi universali (12).

*c)* Per una disposizione della legge Giunia Norbana sono incapaci i *latini iuniani*. Questa disposizione in origine si circoscriveva alla istituzione di erede ed ai legati, ma fu estesa anch'essa alle donazioni *causa mortis* ed ai fedecommessi universali (13).

---

(1) L. un., C. *iur. pers.* (6, 48).

(2) L. 59, § 1, *de hered. inst.* (28, 5). § 4, *Inst. de hered. qualit. et diff.* (2, 19).

(3) Vedi nota precedente.

(4) L. 62, pr. L. 78, § 3, *de her. inst.* (28, 5); L. 11, *de vulg. et pupill. substit.* (28, 1); L. 5, *de reg. Cat.* (34, 7); L. 2, *de mortis causa donat.* (39, 6); L. 3, § 2, *de iur. fis.* (49, 14).

(5) Ulp., *Fragm.*, XVII, XVIII. L. un., Cod. *de caduc. toll.* (6,51).

(6) Vedi anche L. 51, pr. *de leg.* (31). Glossa, *ad h. l. verb. capere*. Donello, *Comm. iur. civ.*, lib. VI, cap. 17, § 30. Voet, *ad Pand. h. t.*, § 22.

(7) Bachovio, *ad Treutlerum*, II, disp. XI, t. III, pag. 613. Vinnio ad Princ. *Instit. de her. inst.* Chesio, *Interpret. iur.*, lib. 1, cap. 1. Mühlenbruch *in Glück*, XXXIX, pag. 144 ss. Vangerow, op. cit., § 429, nota 1. Arndts, *Recht. lexicon*, v. Weiske, III, pag. 910.

(8) Vedi anche § 144, 286 della stessa istituzione di Gaio, lib. II. Ulp. XVII, 1, XXII, 3. Iuvenalis, *Satyr.* 4, vers, 83, 86, 88.

(9) Festo, verb. *Lustrici*.

(10) Ulp., *Fragm.*, XVI.

(11) L. 35, *de mort. causa donat.* (39, 6).

(12) Gai, *Inst.*, II, 286.

(13) Gai, *Inst.*, I, 23-24, II, 110-185-187. Ulp., *Fragm.* XXII, 3, XXV, 7.

Secondo una disposizione di Domiziano la *femina probosa* (meretrice, istriona) fu dichiarata incapace ad acquistare. Questa determinazione fu mantenuta anche nel testamento dei militari da un rescritto di Adriano (1). Tale donna però aveva sempre il diritto di succedere ai figliuoli per SC. Tertulliano (2).

Questa specie d'incapacità non esiste più nella legislazione giustinianea, eccetto il caso della donna *probosa;* essa serve oggi come criterio d'interpretazione per dare un significato esatto a molti testi in cui ricorre la espressione del *capere* come a capacità ad acquistare la eredità ed il legato.

**. — Del testamento.**

§ 28. — *Storia del testamento.*

BIBLIOGRAFIA.

Donello, *Comm. iur. civil.*, lib. VI, cap. 6 (vol. III, pag. 310). — Heinneccio, *De origine testamenti factionis et ritu testantis antiquo.* — Trekell, *De origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos*, Lipsiae 1739. — Dernburg, *Beiträge zur Geschichte der römischen Testament*, Bonn 1821. — Gans, *Erbrecht*, II, pag. 37, ss. — Glück, XXXIV, pag. 149 e 226, ss. — Rosshirt, *Testam. Erbrecht*, I, pag. 401 ss. — Heimbach in Rechtslexicon Weiske, X, pag. 735. — Vering, *Erbrecht*, pag. 175, ss.

100. Antichissima forma di successione; carattere dei primi testamenti. — 101. *Testamentum calatis comitiis et in procinctu.* — 102. *Testamentum per aes et libram*; forma antica; forma posteriore. — 103. Testamento pretorio; primitiva forma di esso testamento; processo storico per cui addivenne un testamento distinto dal civile. — 104. Il testamento secondo la legislazione giustinianea; passaggio del testamento civile e pretorio all'unità del testamento.

**100.** La più antica forma di successione romana è probabilmente la legittima, sebbene non si possa determinare il tempo storico in cui fu introdotto il testamento.

Il principio romano mantenuto inalterabilmente, che la personalità sopravviva all'uomo, pose sempre la necessità di stabilire chi deve dopo la morte rivestire tale personalità. La legge si confermò allo stato più naturale dell'uomo, cioè alla relazione di famiglia, nello stato romano, primitivo specialmente, in cui la famiglia ebbe forma compatta da assumere la figura di un piccolo Stato. In esso, se il *paterfamilias* con la sua *patria* e *maritalis potestas* era l'unico proprietario, egli però era semplice rappresentante del patrimonio famigliare, quantochè fino negli ultimi tempi fu serbato il principio che i figliuoli, e quindi anche la moglie *cum conventione in manum mariti*, doveano essere considerati come condomini del patrimonio famigliare, anche durante la vita del *pater familias: qui etiam vivo patre quommodo domini existimantur... quia post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur* (3).

Se si considera quanto doveva essere rigoroso un tal principio presso lo Stato primitivo di Roma, riesce difficile pensare come si potesse dare al padre di famiglia il potere di disporre, come egli volesse del patrimonio, il quale non era suo, nel significato ed importanza che fu data più tardi, quando la individualità dei componenti la famiglia fu più accentuata, ma apparteneva alla famiglia.

Perchè si desse al padre di famiglia la facoltà di designare il proprio erede, convenne dare alla volontà di lui autorità di legge, la quale, sanzionata dai comizii popolari, dava all'eredità per questo il carattere di legittima.

Certo è che la facoltà di testare si presenta fin dai più antichi tempi nella storia del diritto romano in questa seconda fase, cioè della libertà del *pater familias* di designare un erede a sè medesimo in un atto, che doveva assumere forma di legge nei comizì, e quindi col *testamentum calatis comitiis*, od innanzi al popolo sotto le armi, *testamentum in procinctu.* In questa forma quello che determinava la successione non era propriamente la volontà del testatore, ma l'autorità di legge data dai comizi (4).

**101.** Le prime forme dunque di testamenti furono il *testamentum calatis comitiis* ed il *testamentum in procinctu.*

*1)* Il primo consisteva nella dichiarazione dell'ultima volontà portata innanzi alle assemblee popolari, convocate due volte l'anno a tal fine: i patrizì la portavano innanzi ai comizi curiati, i plebei innanzi ai centuriati.

*2)* Il testamento in *procinctu* consisteva nella dichiarazione di ultima volontà portata innanzi ai comizì militari. In tempo di guerra il popolo romano era rappresentato dall'esercito, e prima che si fosse dato battaglia, erano convocati per deliberare sopra il testamento dei militi.

Gai, *Inst.*, II, 101 - Testamentorum genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pugnam ibant, procinctus est enim

(1) L. 41, § 1, *de testam. mil.* (29, 1).

(2) L. 2, § 1, *ad. SC. Tertull.* (38, 17).

(3) L. 11, *de lib. et post. her. inst.* (28, 1). In questo testo Paolo, sebbene rammenta questo principio a proposito dell'obbligo fatto al padre di famiglia d'istituire o diseredare i *sui heredes*, pure esso rivela un principio fondamentale antico che corrisponde all'organismo della famiglia romana.

(4) Questa opinione è sostenuta massimamente da antichi ricercatori delle origini del testamento romano. Vedi Thomasio, *Prima initia successionis testam. apud Roman.*, § 10. Heinnecio, *Diss. cit.*, lib. XIII, XIV. Trekel, *Dissert. cit.*, cap. II, § XII, ss. ed ultimamente Gans, *Erbr.*, II, cap. 1 è stato contrastato in questi ultimi tempi. Vedi Dernburg, op. cit., capo 1. Glück, *Pand.*, XXXIV. Secondo la opinione di questi ultimi scrittori il popolo nei comizi calati non faceva altro ufficio che di testimone, non v'era bisogno di rogazione, come per la proposta di una legge. Il popolo v'interveniva *pro forma, solemnitatis causa*, ma non prendeva alcuna parte. Secondo questa opinione il *testamentum calatis comitiis* o in *procinctu* non aveva importanza diversa di quello per *aes et libram*, in cui i cinque testimoni rappresentavano il popolo romano. Se questo è vero in apparenza, non lo è in sostanza, quando si consideri il testamento per *aes et libram* nel tempo stesso in cui erano in vigore i due antichi testamenti (Vedi n. 102). Se fosse esatta questa opinione non si saprebbe spiegare perché, onde provvedere a coloro che non poterono attendere la convocazione dei comizi, si ricorse ad una specie d'istituzione fiduciaria senza la istituzione d'erede, e non si adottò il testamento *per aes et libram*, come lo incontriamo nei tempi posteriori. Certo non si hanno documenti in sostegno nè dell'una, né dell'altra opinione; però la prima che abbiamo sostenuta é più conforme alle condizioni sociali del primitivo popolo romano. Quello che si può concedere piuttosto è, che il *testamentum calatis comitiis* dovette cominciare, come molte istituzioni antiche, nel carattere più rigoroso, e perdere a poco a poco della sua importanza, specialmente quando, riconosciuta una maggiore libertà di testare con introdurre altra forma, il popolo convocato nei comizi per il testamento finì col disinteressarsi e a far l'ufficio di presenza, se pure s'interessava più, donde la decadenza rapida di questa forma.

expeditus et armatus exercitus: alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

**102.** Queste due forme antiche del testamento romano caddero in disuso, *in desuetudinem abierunt*, come afferma Gaio (1), e furono sostituite dal *testamentum per aes et libram*, il quale si presenta in due fasi diverse.

Mentre la ultima volontà non si poteva manifestare che a modo di legge nei comizi e innanzi all'esercito, si dovette provvedere per coloro i quali o di fatto non potevano attendere l'una o l'altra occasione, ovvero per la loro condizione non potevano far parte dei comizi o dell'esercito, come le donne. Il più grande inconveniente di quelle due forme testamentarie era che bisognava attendere il tempo della convocazione dei comizi per fare testamento, la quale convocazione a questo scopo avveniva solo due volte l'anno. Chi era presso a morire nel tempo intermedio, non poteva fare il testamento. Perchè una persona che si trovava in questa condizione potesse anch'egli prendere le sue ultime disposizioni non vi era altra forma che la *mancipatio*, senza che fosse possibile la istituzione dell'erede, per cui era bisogno della legge comiziale. Il testatore vendeva ad un amico di sua fiducia tutto il suo patrimonio, e questi assumeva l'obbligo di distribuirlo alla persona e nel modo designato dal testatore. Ne nacque così, non propriamente un testamento, ma una specie di istituzione fiduciaria, in cui l'amico di fiducia era per finzione considerato erede, mentre non lo era; rimaneva completamente estraneo alla eredità, ed in fondo non era che un esecutore di questa volontà. Questo ibridismo, che, come si vede, era un mezzo termine per provvedere al bisogno di chi si fosse trovato nella impossibilità di fare il vero testamento innanzi ai comizi, ci viene ricordato da Gaio con queste parole:

Gai, *Inst.*, 102 - Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerit, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, idest patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid suisque post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

La forma di questa mancipazione non poteva essere che quella che incontriamo più tardi in una parte del vero *testamentum per aes et libram*, cioè l'intervento di cinque testimoni con il *libripens:* il testatore mancipava all'*emtor* tutta la famiglia, e questi pronunziava la formola: *familiam pecuniamque tuam endo mandatatela, tutela custodetelaque mea ex iure quiritium esse aio, eaque quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi emta* (2); quindi batteva con un pezzo di moneta la bilancia, e la dava al testatore come simbolo di prezzo.

In questa forma tale atto era lungi di avere il carattere di testamento; esso non conteneva la istituzione di erede (3), il *familiae emtor* era un mandatario che doveva ripartire ad altri il patrimonio secondo le speciali disposizioni del testatore senza prendere alcuna parte alla eredità.

È evidente che, trattandosi di un atto consistente giuridicamente in una vera vendita del patrimonio, di fatto doveva avere la importanza di un testamento, cioè d'un atto essenzialmente revocabile, la perfezione del medesimo si doveva tener sospesa fino alla morte del testatore, perchè fino a quel tempo, o si potesse dare novelle istruzioni al *familiae emtor*, ovvero annullare il testamento con una *remancipatio* da parte dell'*emtor familiae* (4).

Cadute in disuso le forme antiche *calatis comitiis et in procinctu*, sorse il vero *testamentum per aes et libram*.

Gai, *Inst.*, II, 103 - Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt: hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat: namquae olim familiae emtor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis loco obtinebat, et ob id mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur a quo etiam legata reliquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emtor adhibetur.

Questa nuova forma fa prendere all'atto una vera figura di testamento. Il *familiae emtor* resta in generale nella stessa qualità come era nell'antica forma, ma quello che rende caratteristico questo nuovo testamento è la istituzione dell'erede che mancava nella forma antica. La prima figura del *testamentum per aes et libram* aveva più la sostanza della vendita del patrimonio all'*amicus fiduciae* che di testamento; la sua importanza giuridica stava appunto nella trasmissione di esso patrimonio al *familiae emtor* e nel mandato di distribuirlo a quelli che aveva designati il testatore, i quali piuttosto che eredi, erano considerati come una specie di fedecommissari. All'incontro, secondo questa nuova forma, la *mancipatio* assume molto più carattere di testamento, mentre la sostanza è la nomina diretta di un erede, da cui si fanno dipendere i legati.

Questa forma aveva due parti. La prima, la *mancipatio* era simile all'altra descritta nell'accenno che si è fatto dell'antica forma, con l'intervento cioè del *familiae emtor*, del *libripens* e di cinque testimoni puberi e cittadini romani, tutti presenti all'atto della mancipazione, ciò ch'era necessario, perchè l'atto avesse un solo contesto.

L'altra parte e la più caratteristica, era la *nuncupatio*, la quale consisteva in ciò che il testatore dopo avere redatto in iscritto la sua disposizione, tenendo le tavole in mano, pronunziava queste parole sacramentali innanzi agl'intervenuti alla mancipazione: *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium perhibitote. Et hoc*, aggiunge Gaio (5), *dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripsit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

Compiuto il testamento con quest'atto, si segnava e si suggellava dai presenti cioè, dai cinque testimoni, dal

(1) Gai, *Inst.*, 103.

(2) Gai, *Inst.*, II, 104.

(3) A torto si è ritenuto da qualche antico scrittore che il *familiae emtor* fosse l'erede di questo testamento, il *familiae emtor* non è erede, ma sta in luogo di erede, e, non come qualche volta si è concepito, è l'erede che assume l'ufficio di *emtor*. Egli non ha alcun carattere di erede, neppure tanto per quanto ne ha l'*heres fiduciarius* nei fidecommessi universali posteriori. Vedi Trekel, op. cit. Dernburg, *Beiträge*, pag. 121, n. 44. Glück, XXXIV, pag. 237, nota 50.

(4) Vedi Dernburg, op. cit., pag. 97 ss. — Glück, loc. cit., pag. 239 ss.

(5) Gai, *Inst.*, 104.

*libripens* e dall'*amicus fiduciae*. Sicchè in complesso un tale testamento portava sette sottoscrizioni e sette segni (1).

**103.** Mentre il *testamentum per aes et libram* ebbe surrogato le antiche forme, si ha notizia di un testamento pretorio, il quale non domanda la sua validità dalla mancipazione o dalla nuncupazione, ma da un testamento scritto segnato da sette testimoni, sicchè oltre al *testamentum per aes et libram* il Pretore avrebbe creato un altro testamento scritto con sette testimoni. Questo è in complesso il concetto che se ne ricava dalle istituzioni di Giustiniano.

§ 2, *Inst. de test. ord.* (2, 10) - Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur: postea vero ex edicto praetoris *alia forma* faciendorum testamentorum introducta est. Iure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria.

Dall'altra parte Gaio ed Ulpiano non rilevano una nuova forma di testamento, ma parlano solamente dei criteri che aveva il pretore nell'accordare la *bonorum possessio secundum tabulas* (2).

Il vero è, a mio credere, che, come in tutte quante le istituzioni pretorie, così anche in questa il principio non segna che o una conferma del diritto civile, o una lieve modificazione, finchè non si forma col tempo un istituto indipendente. Il pretore non poteva prescrivere forme di testamenti diversi da quelli stabiliti nel diritto civile; il suo ufficio nell'amministrazione della giustizia è sempre principalmente *adiuvandi iuris civilis*. Quindi il pretore dava la *possessio bonorum* a chi era scritto nel testamento civilmente redatto. Nell'attribuire il possesso non chiedeva però la prova piena della validità del testamento quanto alla forma, che cioè fosse avvenuta la *mancipatio familiae* o la *nuncupatio;* gli bastava trovare che nelle tavole vi fossero sette segni per potere argomentare che fosse stata già eseguita la formalità della *mancipatio* e della *nuncupatio*, questo però quando non vi fossero eredi nè per un testamento civile, nè eredi *ab intestato* (3).

Per la qual cosa in questo stadio i sette segni sono per il pretore prova della già seguita solennità per legge. È su questa base ch'è fondato l'editto pretorio che sappiamo esistente fino dal tempo di Cicerone (4).

Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.

Il numero di sette segni nel testamento, che il pretore domandava per dare la *bonorum possessio secundum tabulas*, si riferisce certamente alle sette persone che dovevano intervenire nel *testamentum per aes et libram*, cioè ai cinque testimoni, al *libripens* ed al *familiae emtor*.

Non si può convenire con qualche scrittore che, con questo editto, il pretore abbia mantenuta una parte della formalità necessaria per il testamento civile. Il Pretore si sarebbe, secondo questa opinione, attenuto alla seconda parte della solennità. Imperocchè la *mancipatio* richiedeva non più che cinque testimoni, mentre il *libripens* ed il *familiae emtor* in questa prima parte della solennità del testamento civile, avevano un ufficio diverso da quello dei testimoni, non così nella seconda parte, nella *nuncupatio*, in cui il *libripens* ed il *familiae emtor* avrebbero fatto proprio l'ufficio di testimoni. Quindi il senso dell'editto riportato sarebbe questo: Quando fosse stata adempiuta una sola parte della solennità civile, cioè la sola *nuncupatio*, senza essere stata preceduta dalla mancipazione, il pretore ciò non pertanto avrebbe dato il possesso dei beni; cosicchè la *bonor. poss.* si sarebbe concessa quando della formola solenne si fosse adempiuta almeno la *nuncupatio* (5).

Dicevo che non potevamo partecipare a questa opinione, sebbene fossi convinto che i sette segni dell'editto pretorio si riferiscano alle sette persone del *testamentum per aes et libram;* innanzi tutto perchè l'atto solenne del testamento era un solo, nè c'è ragione sufficiente perchè di esso il pretore dovesse ritenere una parte; in secondo luogo perchè ciò vien contradetto da testimonianze troppo autorevoli.

E di vero il testamento pretorio, secondo Gaio, si aveva quando, essendovi pure sette testimoni, non vi era stata formalità in questo senso, *quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit* (6). Ciò è confermato da Ulpiano, il quale dice: *Etiamsi iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit* (7).

La difficoltà che offre questo punto storico sta in ciò, che nella *mancipatio* ed in generale nel *testamentum per aes et libram* sono necessarii cinque testimoni, mentre nel testamento pretorio se ne richiedono sette, i quali si crede non possano essere quelli istessi della *mancipatio*, per la ragione innanzi detta, e perchè il *libripens* e il *familiae emtor* non sottoscrivevano e non segnavano il testamento secondo il Savigny (8). Quindi può supporsi che il testamento pretorio sia o una conferma del testamento civile mancante della prima parte, ed essendosi convalidata solo la seconda parte della formalità eseguita, come vuole il *Gans*, ovvero sia un istituto nuovo, un testamento scritto, sottoscritto segnato da sette testimoni, sicchè vi esisterebbero in quel periodo un testamento civile per *aes et libram* sottoscritto da cinque testimoni, ed un testamento pretorio senza altra formalità che la sottoscri-

(1) Si è dubitato se in questo testamento civile si avesse le sottoscrizioni ed i segni, e si è notato che l'atto era perfetto con la *nuncupatio*; tanto più che nelle Istituzioni giustinianee i segni e le sottoscrizioni si dicono richieste dal diritto pretorio: *iure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, quum iure civili signa testium non erant necessaria.* Da queste parole non si può argomentare che il testamento civile *per aes et libram* non avesse le sottoscrizioni ed i segni. Essi non erano richiesti per la validità del testamento, ma dall'interesse delle parti perchè si potesse in avvenire constatare la identità del testamento. Il diritto pretorio trovò il testamento civile comunemente signato dalle sette persone, e naturalmente fondò in questi segni la massima che le forme civili fossero state adempiute per concedere la *bonor. poss. secundum tabulas;* onde i segni addivennero necessari, essendo il fondamento della finzione pretoria. Vedi Trekel, op. cit., cap. 3, § 43. Savigny, *Beiträg. zur Gesch. des röm. Testam. Zeitschrif. f. gesch. Rechtswissensch.*, I, n. 5, pag. 84 ss. Glück, loc. cit., pag. 254 ss. Svetonio, *Vita di Nerone*, cap. 4; *Vita di Tiberio*, cap. 23.

(2) Gai, *Inst.*, II, 119, 147. Ulp., *Fragm.*, XXVIII, 6.

(3) Gai, *Inst.*, II, 119.

(4) *In Verrem act. sec.*, lib. I, cap. 45, n. 117.

(5) Vedi Gans, *Erbr.*, II, pag. 111 ss.

(6) Gai, *Inst.*, II, 104.

(7) Ulp., *Fragm.*, XXVIII, 6.

(8) *Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft*, I, pag. 85.

zione e suggellamento di sette testimoni, come alcuni documenti legislativi farebbero supporre (1).

Però se fosse vero che il testamento pretorio avesse avuto questo carattere fin dal principio, non si spiegherebbe quella espressione dell'editto riflettente il numero dei segni: *non minus multis signis, quam ex lege oportent*. Queste parole, a parte le diverse interpretazioni che si sono date (2), indicano sicuramente che quel numero di segni fu determinato dal pretore, riferendosi ad un altro atto. Del resto non è nello spirito e nelle abitudini dell'autorità pretoria di creare nuovi istituti di pianta. Tutti gl'istituti pretorii, prima di assumere un carattere ed una fisonomia propria, incominciano con piccole derogazioni ai principii del diritto civile. Ecco la ragione perchè il Gans credè di trovare il significato di quell'editto nella conferma da parte del pretore di un testamento civile nullo; essendo stata eseguita solo la seconda parte della solennità, i sette intervenuti non potendo avere il carattere di testimoni per la mancipazione non avvenuta.

L'accenno fatto nelle parole dell'editto *non minus multis signis quam ex lege oportent*, si rapporta a sette persone intervenute nel testamento civile, e nell'editto si adopera la parola *signis, non testibus*. Che fin dal principio la *bonorum possessio* avesse avuto solo il carattere di conferma del diritto civile e che fosse stata data anche per un testamento civile in pienissima regola, sta nell'ordine del procedimento storico di tutti gl'istituti pretorii, non fa a ciò ostacolo che per un testamento avente la pienezza della formalità si sia data la *bonorum possessio* secondo l'editto, perchè, sebbene per la validità dell'atto erano sufficienti cinque testimoni, pure, come abbiamo notato innanzi, il suggellare con i segni non era necessario, e si faceva molto più *probationis causa* (3). Non è quindi improbabile che per lusso di prova si facessero segnare il testamento non solo dai cinque testimoni, ma ancora dagli altri due, e che il pretore, onde poggiare una finzione in un modo più solido, dicesse di concedere la *bonorum possessio* a quei soli testamenti che portassero non i testimoni, ma tanti segni per quante persone vi volevano nel testamento civile, cioè sette.

Una volta stabilito questo criterio, per avere il vantaggio della *bon. poss.*, per mettere il pretore nella condizione da non domandare altro, in tutti i testamenti si mettevano sette segni; così si poteva prescindere dalla mancipazione e dalla nuncupazione, ed in questo caso le sette persone per forma e per finzione facevano supporre al pretore che vi era stata già la *mancipatio* e la *nuncupatio*, mentre in sostanza erano sette testimoni di un nuovo testamento. Solo in questo secondo periodo, e quando la *bonor. poss. secundum tabulas* fu *cum re*, anche contro gli eredi *ab intestato* secondo un rescritto di Antonino (4), il testamento pretorio prende una figura propria come testamento scritto con sette testimoni e sette segni; esso era in vigore accanto al testamento civile con cinque testimoni, vi esistessero o no i segni, e questi fossero cinque quanti erano i testimoni, o sette quante erano le persone che alla formazione del testamento avevano preso parte.

**104.** Le forme testamentarie ebbero una ultima modificazione negli ultimi tempi dell'impero, sia per consuetudine che per disposizioni degli ultimi imperatori, in guisa che le due forme di testamenti civili e pretorii furono riordinati in uno. Giustiniano accenna al processo storico per cui si pervenne alla unità di forma nel testamento.

§ 3, *Inst. de testam. ordinand.* (2, 10) - Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur; ut hoc ius tripartitum esse videntur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili discendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto praetoris.

Dunque nella legislazione giustinianea si riconosce una sola forma di testamento, che non è l'antico civile per *aes et libram*, e non il testamento pretorio, ma uno nato dalla fusione dell'uno e dell'altro. Ciò, come osserva lo stesso Giustiniano, non è avvenuto in virtù di una legge speciale, ma dalla consuetudine, *ex usu hominum*, e da costituzioni che a poco a poco modificarono l'antico diritto civile relativo ai testamenti.

Questo tempo di transizione non è con chiarezza delineato da Giustiniano (5), ma si possono riconoscere i seguenti punti:

La fusione accennata da Giustiniano non avvenne completamente al tempo di Teodosio II. Per mezzo di una costituzione (perchè ai tempi di questo imperatore si trovano ancora traccie della distinzione dei due testamenti civile e pretorio) (6), e per la novella di Teodosio del 439 (7), che avrebbe secondo alcuni stabilita la fusione, non si apporta che una semplice modificazione. Nel diritto antico il testatore, senza leggere ai testimoni il contenuto del testamento, presentava ad essi il testamento per farlo segnare; ma come invalse il costume che i testimoni pretendevano di conoscere il contenuto del testamento, così molti preferivano di morire *ab intestato* per ovviare a questo inconveniente. Teodosio al § 2 di questa sua novella stabilì la modificazione accennata con le seguenti parole:

Hac itaque consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, quae in eo conscripta sunt, signatam, vel ligatam, vel tantum clausam

(1) L. 7, Cod. Theod. *de test. et cod.* (4, 4) nell'ultimo periodo restituito da G. Hänel. Vedi Aubold, *Opuscola accademica*, pag. 151. Vedi Savigny, loc. cit., pag. 82-91.

(2) Vedi Glück, *Pand.*, XXXIV, pag. 264.

(3) Trekel, op. cit., cap. III, § 43. Savigny, loco citato, pag. 84.

(4) Vedi Dernburg, *Beiträge*, pag. 257. Glück, loc. cit., pag. 262.

(5) Sul fondamento della parola *constitutum* del testo delle Istituzioni riportato si è creduto che la fusione del testamento civile e del pretorio sia avvenuta per mezzo di una Costituzione che Cuiaccio (*Com.* ad L. 1 e L. 20, *her. testam. fac. poss.* (8, 1), opp. II, pag. 204), volle riconoscere nella L. 15, Cod. *de testamentis*, attribuita da lui a Costantino. Ma questa è una opinione combattuta da Gotofredo, *Comm. ad cod. Theod.* in guisa che ora è oramai abbandonata. Vedi Glück, *Pand.* XXXIV, pag. 270 ss.

(6) La comune opinione che ammette cotesto fu molto fondamentalmente combattuta dal Savigny (loc. cit., pag. 82 ss.), nè si può togliere credito al frammento attribuito da Hänel alla L. 7, Cod. Theod. *de testamentis*, dove, parlando della *unitas actus*, così v'è detto: *In omni autem genere testamenti, sive id* PRAETORIO IURE, sive CIVILI existat. Vedi Glück, loc. cit., pag. 273.

(7) *Iuris. civ. Anteinst.* (Hugo), II, pag. 1251.

involutamve proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero civibus romanis puberibus omnibus, simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit.....

Quest'ultima parte del testo riportato sembra che voglia stabilire le condizioni di un nuovo ed unico testamento, ma in vero, quando si mette a raffronto con il § antecedente, si scorge che Teodosio volle stabilire la validità ed alcune regole per il testamento pretorio segreto. Quindi la modificazione che approvò Teodosio fu, che, mentre prima era invalsa la falsa idea che il testamento non dovesse valere, quando il contenuto di esso era rimasto sconosciuto ai testimoni, ora questo è dichiarato essere permesso. In effetto, quando il testatore nella confezione di un testamento pretorio non vuole far sapere il contenuto del testamento, lo chiude, lo presenta ai testimoni, che qui dice di essere sette, e, dichiarando ad essi essere quello il suo testamento, lo fa sottoscrivere e segnare, e poi nell'altra parte del testamento firma anche lui. Quindi si volle dippiù la firma dello stesso testatore, o un ottavo testimone, in caso egli non potesse o non sapesse scrivere.

L'errore della comune opinione, cui ho partecipato io stesso in altro scritto (1), è avvenuto dal perchè questo § della Novella di Teodosio si trova riprodotto nel codice Giustinianeo alla L. 21, Cod. *de testam.* (6-23), la quale comincia appunto dal § 2 riportato. È naturale che la costituzione di Teodosio che fa parte del codice Giustinianeo, staccata dal suo nesso logico, ha un significato giuridico diverso, ed è proprio il testo che fonda i due antichi testamenti. Ma ai tempi di Teodosio essa costituzione, scritta per lo scopo che si è notato, quando vi era ancora in uso il testamento civile, non poteva avere altra importanza che quella di confermare la validità del testamento segreto pretorio, aggiungendo qualche altra formalità (2).

Nel medesimo tempo si ricostituì il testamento nuncupativo nel senso che, mentre prima era possibile di non redigere in iscritto la *nuncupatio*, se fosse stata fatta e constatata da cinque testimoni, quanti ce ne volevano per un testamento civile, dopo Teodosio ciò non fu possibile che rogando sette testimoni in presenza dei quali il testatore dichiarava oralmente la sua volontà.

La Novella di Teodosio accolta nel § 4 della L. 21, Cod. *de Testam.*, dice:

..... hoc et sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint, non ut suum, quod adsolet fieri, narrantis arbitrium, hoc est ut manifeste testari se sub iisdem testibus sine scriptura eo ipso tempore dicat, non futurum suae voluntatis permittitur arbitrium.

Il testamento nuncupativo dunque da Teodosio in poi non poteva essere che fatto innanzi a sette testimoni appositamente invitati e con unità di tempo e di contesto. Per la qual cosa si potrà ben asserire che, sebbene non fosse esatta la comune opinione, la quale, come si disse, vuole vedere nella Novella Teodosiana la fusione dei due antichi testamenti civile e pretorio, pure, dopo le disposizioni prese da questo Imperatore per il testamento segreto e massimamente per il nuncupativo, l'antico testamento civile dovette cadere maggiormente in disuso, finchè Giustiniano, trovando abolita di fatto la distinzione tra testamento pretorio e civile, accettò la Novella di Teodosio dal § 2 in poi, nello intento certamente di stabilire la unità del testamento sia scritto che nuncupativo alla presenza di sette testimoni (3).

## § 29. — *Del testamento privato.*

105. Specie di testamento privato; requisiti generali. — 106. Dei testimoni; loro idoneità. — 107. Unità di luogo, di tempo e di atto.

**105.** Il testamento privato può avere due forme; esso o è scritto o è nuncupativo, verbale. Per entrambe queste due forme si richiede la presenza di idonei testimoni in numero di sette, l'unità di tempo, di luogo e di azione.

I. Per ciò che riguarda il primo requisito sono determinati i seguenti principii:

**106.** 1) I sette testimoni devono essere rogati, cioè convocati appositamente, e, se vi si trovassero presenti per caso, o convocati per altri motivi, bisogna far loro intendere che debbono essere adibiti come testimoni in un atto di ultima volontà.

L. 21, § 2, *qui test. fac. poss.* (28, 1) - In testamentis in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet; quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium, certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.

2) Bisogna che i testimoni intervengano liberamente, se vi fosse la minima violenza, l'atto sarebbe colpito di nullità.

L. 20, § 10, *cod.* - Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere testamentum.

3) I testimoni devono essere presenti al testatore, almeno al momento della formazione del testamento (4).

4) Bisogna che i testimoni siano idonei, e sono tali i cittadini romani, maschi e puberi. Sono invece non idonei in generale tutti coloro, cui manca la *testamenti factio*. Inoltre sono incapaci ad essere testimoni per motivi naturali: i dementi, ai quali sono equiparati i prodighi, gl'impuberi, i sordi e sordo-muti.

§ 6, *Inst. de test. ord.* (2, 10) - Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est (5).

....... Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, posse in numero testium adhiberi (6).

5) I ciechi sono considerati non idonei per il testamento scritto non per il nuncupativo, perchè in questa forma di testamento non è necessario l'organo di cui difettano, ed è sufficiente che siano in presenza del testatore, ciò che rigorosamente richiede la legge e non

(1) *Sistem. del Dir. civ. rom.*, II.

(2) Glück, op. cit., pag. 155 ss.

(3) Le tracce dell'antico testamento civile con cinque testimoni si trovano nell'impero d'occidente anche dopo la distruzione dell'impero medesimo. Vedi Savigny, diss. cit., pag. 90 ss. Glück, loc. cit., pag. 277 ss.

(4) Vedi L. 28, § 1, Cod. *de test.* (6, 23). Confr. L. 22, § 1, *qui test. fac. poss.* (28, 1); § 7, *Inst. de test. ordin.* (2, 10).

(5) L. 18, pr.; L. 20, § 7 (28, 1). Ulp., *Fragm.*, XXII, 7, 8.

(6) L. 18, 20, § (28, 1).

essendo dichiarata la incapacità da alcuna disposizione (1).

6) Sono incapaci per altri motivi i peregrini, gli schiavi, le donne in generale, gl'impuberi e gl'intestabili (2).

Fra questi ultimi vanno compresi i pasquillanti, gli eretici e gli apostati (3). A proposito Giustiniano estese di molto questo requisito, determinando che solamente gli uomini *bonae opinionis* dovevano essere rogati come testimoni per un testamento, ossia coloro che sono incensurabili, quindi tutte le persone infami e turpi sono considerate non idonee (4).

7) Sono ancora incapaci ad essere testimoni nel testamento l'erede stesso e coloro che si trovano con lui congiunti per mezzo della patria potestà, sia figlio, sia ascendente o fratello.

§ 10, *Inst. de test. ordin.* (2, 10) - Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur, testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat et veteres, qui familiae emtorem et eos, qui per potestatem ei coadiuvati fuerunt a testamentariis testimoniis repellebant, heredi et iis, qui per potestatem ei coniuncti fuerunt, concedebant testimonio in testamentis praestare licet ii qui id permittebant, hoc iure minime abuti eos debere suadebant; tamen nos eamdem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum in legis est, necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emtoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, coniunctae sunt licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permissimus.

La ragione di questa incapacità è che la *patria potestas* lega talmente quelle persone, da farle considerare come una sola; quindi il padre, il fratello, congiunti all'erede con i legami della *patria potestas*, formano l'erede stesso. Ond'è che, se il figlio fosse *sui iuris* od il fratello emancipàto, il padre ed il fratello non sono incapaci ad essere adibiti quali testimoni nel testamento (5).

Il legatario ed il fedecommissario invece possono essere bene adibiti come testimoni, perchè non sono veri successori di diritto.

§ 11, *Inst. h. t.* (2, 10) - Legatariis atque et fideicommissariis, quia non iuris successores sunt, et aliis personis ei coniunctis testimonium non denegamus, imo in quadam nostra constitutione et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel eos, qui habent in potestate, huiusmodi licentiam damus.

La capacità ad essere testimone nel testamento deve essere già al momento della fazione del medesimo e propriamente al momento della sottoscrizione e della segnatura. La incapacità sopraggiunta dopo questo tempo nulla toglie alla validità del testamento.

L. 22, § 4, *h. t.* (28, 1) - Conditionem testium tunc inspicere debemus, quum signarent, non mortis tempore; si igitur tunc, cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet si quid postea id contigerit.

Se un testimone incapace fu ritenuto per errore capace ed adibito nel testamento, senza che la sua incapacità si conoscesse nè dal testatore nè dagli altri testimoni, il testamento fu mantenuto valido da un rescritto di Adriano.

L. 1, Cod. *de test.* (6, 23) - Servi an liberi fuerunt, non oportet in hac causa tractari, quum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sunt, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit (6).

Se il rescritto di Adriano sia limitato al caso dello schiavo ritenuto libero, o si estende ad ogni altro caso d'incapacità è stato messo in dubbio dagl'interpreti; però con ragione la comune opinione ritiene essere il caso del rescritto di Adriano messo ad esempio e non essere una eccezione solo per lo schiavo ritenuto libero (7).

**107.** II. Il secondo requisito è l'unità di luogo, di tempo e di azione.

L'unità di luogo consiste in ciò, che tutti i testimoni convocati devono trovarsi col testatore nel medesimo luogo in presenza di lui durante tutto il tempo della confezione dell'atto.

L. 12, Cod. *de test.* (6, 23) - Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno anulo non signaverint, iure deficit testamentum (8).

L'unità di tempo consiste in ciò, che il testamento incominciato dev'essere seguito senza interruzione fino alla fine (9).

Finalmente per unità di atto s'intende che il testamento sia incominciato e continuato dalla stessa mano.

L. 21, § 3, *qui test. fac. poss.* (28, 1) - Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere, quid si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur (10).

Queste disposizioni così rigorose furono modificate in certe determinate circostanze.

In caso di morbo contagioso si concesse, che i testimoni potessero stare non propriamente in presenza del testatore (11) (*testamentum tempore pestis conditum*). Così pure fu concessa una piccola interruzione per bisogni del testatore o di qualcuno dei testimoni, il quale poteva mancare durante l'atto, purchè fosse

(1) Contr. § 6, *Inst.* cit.; L. 9, Cod. *de test.* (6, 23); L. 8, Cod. *qui testam. fac. poss.* (6, 22). Vedi Vangerow, II, § 444. Marezoll in *Zeitschrift f. Civilr. und Process*, IV, pag. 58. Hunger, *Erbr.*, pag. 102. Thibaut, *Syst.*, § 829. Wening, § 447. Rosshirt, *Test. Erbf.*, I, pag. 429. Koch, *De conspectu testatoris*, in *Zeitschrift f. Civilr. u. Proc.* Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 650. Puchta, *Pand.*, § 455. Arndts, *Serafini*, § 486, nota 4. Tewes, *Syst. des Erbr.*, § 24, n. 5.

(2) Vedi § 6, *Inst.* innanzi riprodotto; L. 20, § 6 (28, 1); L. 15, § 1, *de testib.* (22, 5).

(3) L. 18, § 1 (28, 1); L. 21, pr. *de testib.* (22, 5); L. 5, § 9-10, *de iniur.* (47, 10); L. 4, Cod. *de haeret.* (1, 5); L. 4, Cod. *de apost.* (1, 7).

(4) Nov. 90, loc. cit.

(5) Vinnio, *Comm.* ad § 10 *Inst. de testament. ordin.*, n. 2. Coccei, *Ius civ. cont.*, *qui test. fac. poss.*, qu. XIII, pag. 253.

(6) Questa regola con ragione è stata riconosciuta riferirsi anche al fedecommesso universale. Glück, XXXIV, pag. 357 ss. Vangerow, II, § 444, nota I, 6.

(7) § 7, *Inst. h. t.*, (2, 10).

(8) Vinnio, *Comm.* ad § 7, *Inst.*, n. 3. Huber, *Praelect. iur. civ. secundum Inst.*, II, tit. 10, § 14. Glück, loc. cit., pag. 241 ss. Vedi in cont. Harpprecht, *Disput. de testimon. testam. heredi interdicto, ad illustr.* L. 20, pr. *qui test. fac. poss.* e § 10, *Inst. de test. ord.*, Dissert. accad., I, disp. 43, pag. 1540.

(9) L. 9, 21 C. *eod.*; L. 8, C. *qui test. fac. poss.* (6, 22).

(10) L. 21, pr. C. *de test.* (6, 23).

(11) § 3, *Inst. h. t.* (2, 10).

sostituito da un altro, il quale, prima che l'atto si prosegua, deve farsi assicurare dal testatore e dai testimoni rimasti che, tuttociò che si è fatto, ebbe luogo in loro presenza (1).

§ 30. — *Del testamento scritto e nuncupativo in particolare.*

108. Requisiti essenziali del testamento scritto; della scrittura; lingua in cui può essere scritto. — 109. Delle altre solennità; presentazione dell'atto ai testimoni; firma del testatore; firma e suggellazione dei testimoni. — 110. Del testamento nuncupativo.

**108.** I. Il testamento scritto richiede innanzi tutto una scrittura la quale può essere fatta dallo stesso testatore di proprio pugno; ed allora il testamento dicesi *olographum;* ovvero il documento può essere dettato dal testatore ad un altro, è indifferente chi sia, se uomo libero, chiamato testamentario, od anche schiavo (2), *testamentum allographum.* Perchè nulla fosse omesso delle formalità, molte volte il testatore si faceva assistere da un iurisperito (3). Giustiniano a questo proposito volle che, quando il testatore facesse scrivere da altri il suo testamento, dovesse egli scrivere di suo pugno almeno il nome dell'erede che veniva istituito (4). Però con una Novella questa dura condizione fu abolita (5), ordinandosi non fosse più necessario, nel caso supposto, che il testatore scrivesse di sua mano il nome dell'erede.

È indifferente di quale materia si serva il testatore per scrivervi su il suo testamento.

§ 12, *Inst. de test. ordin.* (2, 10) - Nihil autem interest testamentum in tabulis, au in charta, membranave vel in alia materia fiat (6).

Negli antichi tempi il testamento, come atto solenne, dovea essere scritto in lingua latina, *civilibus verbis* (7), sia per le istituzioni di erede, sia anche, come è espressamente detto, pei legati (8). Questa disposizione fu più tardi, e specialmente da Teodosio II, abolita, essendosi permesso di redigere il testamento anche in lingua greca.

L. 21, § 6, Cod. *de test.* (6, 23) - Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari (9).

**109.** Quanto alle altre solennità bisogna osservare:

1) Il testatore deve presentare l'atto ai testimoni, dichiarare che quella è la sua ultima volontà e sottoscriverlo. Se poi egli non sa scrivere, ovvero vi è materialmente impedito al momento della sottoscrizione dovrà intervenire una ottava persona tra i testimoni che sottoscriva. Questa prescrizione può non essere adempiuta, e allora tutto il testamento deve essere scritto di mano del testatore.

L. 28, § 1, Cod. *de test.* (6, 23) - Quum autem constitutione, quae ad testamentis ordinandis processit, cavetur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur et subscriptio a testatore fiat vel ab alio pro eo, et constitutio sic edixit: *octavo subscriptore adhibito*, et quidem testamentum suum omne manu propria conscripsit, et post eius literas testes adhibiti: suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, et testamentum ex hoc de quo dubitabatur, irritum factum est, eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit sufficiat ei totius testamentis scriptura, et non alia subscriptio requiratur, neque ab eo, neque pro eo ab alio, sed sequatur huiusmodi scripturam et literae testium, et omnis, quae expectatur, observatio et sit testamentum validum, et codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae coadonentur, in sua firmitate remanent, et nemo callidus machinatur huiusmodi iniquitatis in posterum inveniatur (10).

2) Dopo di questo i testimoni appongono la loro firma ed il loro segno o suggello.

La firma dei testimoni dovea essere messa in presenza del testatore ed apposta di propria mano, *proprio chirographo* (11); epperciò che i testimoni devono saper scrivere, tanto più che non bastava la sola firma ma doveano nell'apporla dichiarare chi fosse, ed il testamento di chi egli segnava: *quis et cuius testamentum signaverit* (12).

Il suggellamento era così indispensabile come la firma, di guisa che, se il testamento fosse stato firmato e non segnato col suggello, o viceversa, il testamento era nullo.

L. 22, § 4, *qui test. fac. poss.* (28, 1) - Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est, atque si adibitus non esset: et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus (13).

(1) L. 28, pr. *h. t.*

(2) L. 8, *qui test. fac. poss.* (28, 1).

(3) L. 88, § 17, *de legatis* (31). In questa legge vi è un frammento di un testamento in cui il testatore dichiara che nella redazione del testamento egli non si è fatto assistere da alcun giurisperito.

(4) L. 29, Cod. *de test.* (6, 23); § 4, *de test. ordin.* (2, 10).

(5) Nov. 19, cap. 9.

(6) Comunemente si adoperavano le tavole cerate; quindi la espressione, *si tabulae testamenti*, ecc.; *bon. poss. secundum vel contra tabulas; cerati codicilli.* L. 52, *de leg.* (32); *ultimae cerae, Martialis*, libr. IV, epigr. 26. Vedi il Salmasio, *De subscrib. et sign. test.*, cap. 26, pag. 270, Lugd. Bat. 1653. Sulla questione, se al tempo di Costantino esistevano ancora testamenti su tavole cerate, vedi contr. Schulting, *Jurispr. Anteiust.* ad Ulp., *Fragm.*, XX, 9, nota 27, pag. 629. Heinneccio, *Antiqu. Rom.*, lib. II, tit. 10, § 12, nota *f*. Glück, XXXIV, pag. 386 ss.

(7) Vedi Brissonio, *De form. et solemn. P. R. verbis*, lib. VII, cap. 6. Heinneccio, *Ant. Rom.*, II, 10, § 10. Walch, *De lingua latina, lingua legitima* (Opuscul., tom. I, sect. II, Exerc. V), § 2, 8 ss. Dirksen, *Civil. Abhand.*, I, pag. 87, 91.

(8) Gai, *Inst.*, II, 281; Ulp., *Fragm.*, XXV, 5.

(9) Questo testo è un riepilogo di Triboniano del § 8, della Novella di Teodosio innanzi citata. Vedi Hugo, *Jurisprudentia anteiust.*, tom. II, pag. 1255. Vedi anche questa stessa costituzione nella *Collectio Novell. const. imper. Justin. anterior.*, Ritter, lib. I, tit. 9.

(10) L. 21, § 1, Cod. *eod.*

(11) L. 30, *qui test. fac. poss.* (28, 1). Cicerone, *ad Familiares*, II, Epist. 13, *ad Attium*, lib. II, Epist. 20.

(12) Vedi Glück, loc. cit., pag. 423, in cui porta molti esempi di testamenti nei quali, oltre la firma, il testimone dichiarava chi fosse ed a chi appartenesse il testamento.

(13) L'istrumento adibito per *segnare* il testamento era un anello generalmente d'oro in cui era incrostata una gemma incisa con le iniziali o con altro emblema, si portava al dito allo scopo di suggelli ed erano conosciuti col nome di *annuli signatorii*. Vedi Kirchmann, *De annulis lib. sign.*, Francoforte 1672, cap. 3-5. Lougi, *De annulis signatoriis seu de vario segnandi ritu*, Lugd. Batav. 1672. Kosmann, *De annulo triplici, usitato, sponsalitio, signatorio*, Lugd. Bat. 1672. Macrobio, *Saturnalis*, lib. VII, cap. 13, « Veteres non ornatus, sed signandi causa annulum secum circumferebant. Unde nec plus habere, quam unum licebat, nec cuiquam, nisi libero, quos solos fides deceret, quae signaculo continetur ». L. 174, *de verb. sign.* (50, 16): « Signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur ». Sulla intelligenza della L. 22, § 5 (28, 1) se si potesse suggellare con un altro istrumento, che non fosse l'anello. Vedi Glück, loc. cit., pag. 425 ss.

È stato dubbio tra gl'interpreti se la firma dei testimoni dovea essere apposta alla fine del testamento o all'ultima tavola, se esso consistesse di più tavole (*extrema cera codicis*) (1) come si usa oggi da noi, e quindi ripetuta questa firma dopo il segno impresso con l'anello, ovvero bastasse la firma dopo il segno, cioè se fosse richiesta una *superscriptio*, ovvero una *subscriptio* ed una *superscriptio*. Ciò che tra i moderni interpreti sembra accertato è che presso gli antichi era richiesta la sola *superscriptio* come complemento del segno. Ciò si rileva dalle LL. 22, § 4, e 30, *Qui test. fac. poss.* in cui la importanza della solennità appare riposta nella segnatura. — E perchè i testimoni potèvano segnare coll'anello proprio, o con uno preso ad imprestito dall'altro (forse anche dallo stesso testatore), ne avveniva, onde all'apertura del testamento ciascuno dei testimoni potesse riconoscere il proprio segno, la necessità per ciascun testimone di apporre sotto al suo segno il suo nome nel modo come è detto nella L. 30 citata: *proprio chirographo adnotare convenit quis et cuius testamentum signaverit*. Ed in vero all'apertura del testamento si richiedea innanzitutto la conoscenza del segno.

L. 4, *Testam. quemadm. aper.* (29, 3) - Cum ab initio aperiundae sunt tabulae, praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere.

Paul, *Rec. sent.*, IV, 6, 1 - Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes, vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut, agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitatur.

Di sottoscrizione non si parla che nel § 5, *Inst. de test. ered.* e si può bene dirsi un prodotto del diritto posteriore: *Semptem testium adhibitis et subscriptione testium..., et subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, etc.*

Quindi nella legislazione giustinianea è necessaria non solo la sottoscrizione dei testimoni insieme a quella del testatore, non solo il suggello sulla coverta o al ridosso della tavola o delle tavole legate secondo la prescrizione del SC. neroniano (2), ma ancora la firma dei testimoni accanto a ciascun segno. Sebbene di tale soprascrizione non v'è parola nell'ultimo diritto, pure è da ammetterla, perchè, come si è detto, quella firma non è che il complemento della segnatura (3).

**110.** II. Il testamento verbale (*nuncupativum*), introdotto da Teodosio nella forma come lo incontriamo nella legislazione giustiniana ha in complesso la medesima solennità che il testamentò scritto, solo che il testatore innanzi ai sette testimoni dichiara di voler fare un testamento verbale (4).

Per questa forma si richiede:

che il testatore in una unità di tempo e di atto esprima di suà bocca, senza che se ne potesse servire di altri (5), ai testimoni liberamente e chiaramente la sua volontà, in guisa che i testimoni siano consapevoli del contenuto del testamento.

L. 26, Cod. *de test.* (6, 23) - In testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus, ut, postquam septem testes convenerint, satis sit, voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestari, significantis ad quos substantiam suam pervenire velit, vel quibus legata dare, vel fideicommissa, vel libertates disponere, etiamsi non ante eiusmodi dispositionem praedixerit testator vel testatrix illa formalia verba, ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit (6).

Allo scopo di assicurare per l'avvenire la prova sicura di questa forma di testamento si soleva redigerlo dopo in iscritto, *testamentum nuncupativum in scriptum redactum*. La scrittura qui era solo a scopo di prova, di guisa che, se compiuto il testamento verbale, nel redigerlo poi in iscrito, la scrittura fosse riuscita imperfetta, o per un accidente qualunque non ne fosse compiuta la scrittura, il testamento rimaneva ciò non pertanto nella sua piena validità.

La scuola riconosce anche un testamento misto, cioè scritto e verbale nel medesimo tempo, e ciò avviene quando il testatore nel presentare ai testimoni un testamento scritto dichiara ad essi di sua voce ed in modo chiaro ed intelligibile il contenuto del medesimo.

Questa doppia forma potrebbe avere i suoi vantaggi in ciò che, se qualche formalità mancasse in una delle forme, il testamento può valere nell'altra (7).

### § 31. — *Del testamento pubblico.*

BIBLIOGRAFIA.

Stryck, *De testamento iudici vel principi oblato*. — Conradi, *De testamento publico apud acta*, Helmstedt 1741. — Walch, *De testam. principi oblato*, op. I, exercit. 7. — Glück, XXXIV, pag. 174 ss.

111. Forme del testamento pubblico. — 112. *Testamentum iudiciale;* natura di questo testamento. — 113. *Testamentum principi oblatum.*

**111.** Le forme del testamento pubblico sono due: il *testamentum* fatto innanzi al magistrato, *apud acta*, *testamentum iudiciale*, ed il testamento offerto all'imperatore *principi oblatum*. Entrambe queste forme si rilevano da una costituzione di Onorio.

L. 19, Cod. *de testamentis* (6, 23) - Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas, etiam conscientiam principiis tenet. *Sicut ergo securus erat, qui actis cuiuscumque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postrêmum publicavit iudicium*, ita nec de eius unquam successione tractabitur, qui nobis mediis, et toto iure quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedit. Nam sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, quum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegitur. Ne quid

(1) Cicerone *in Verrem*, lib. I, cap. 36.

(2) Paul, *Recept. sent.*, V, 25, 6: « Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturas continent, adhibitis testibus ita signari, ut summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino adstringantur: atque imperitae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.

(3) § 3, *Inst. de test. ordin.* (2, 10). Vedi Marini, i papiri diplomatici, Roma 1805, in cui riporta testamenti del sesto secolo portanti le sottoscrizioni e le soprascrizioni di testimoni. Savigny, *Geschichte des röm. Recht in Mittelalter*, II, pag. 182. Vangerow, II, § 445, nota 2-6. Tewes, *Erbr.*, I, § 25, pag. 170 ss. Confr. Glück, *Pand.*, XXXIV, § 1415, 6. Löhr, *Archiv. f. civ. Praxis*, VI, 16.

(4) L. 19, Cod. *de test.* (6, 23).

(5) L. 29, Cod. *eod.*.... Quemadmodum enim in elogio, quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum.

(6) Vedi § 14, *Inst. de test. ordin.* (2, 10).

(7) Vedi Tewes, loc. cit., pag. 174.

sane praetermisisse credamur huiusmodi institutionis successoribus designatis: omnia, quae scriptis heredibus competunt, iubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare, et stabile sciat esse, quod fecerit. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt (1).

**112.** 1) Nel testo riportato il testamento *iudiciale* comparisce già noto ai tempi di Onorio. Esso dovette essere stabilito dalla consuetudine, dal momento che non si trova nelle fonti un documento che ne attesti l'origine (2).

Esso consisteva in ciò. Il testatore si presentava innanzi al giudice, ed a lui verbalmente, senza altra formalità, dichiarava la sua ultima volontà, che veniva accolta in un protocollo e conservata tra gli atti del tribunale.

Non è esatta l'opinione di qualche antico interprete (3), che cioè il testamento giudiziale doveva prima essere redatto con le formalità richieste per il testamento privato e poi consegnato al giudice, una specie di testamento *iudici oblatum*, di guisa che, secondo questa opinione, non vi sarebbe presso i Romani una forma di testamento chiamato giudiziale, ma un testamento regolare dato poi in deposito ed insinuato negli atti del tribunale, perchè ne fosse più sicura la conservazione. Il fondamento di questa opinione erano i §§ 1-2, lib. IV, tit. 6, delle *Receptae sententiae* di Paolo (4), in cui si rammenta una ispezione del testamento fatta dal magistrato. L'equivoco a questo proposito è nato per essersi confuso l'atto che raccoglieva la dichiarazione verbale del testatore, ciò che costituisce il testamento giudiziale, con l'apertura del testamento, la quale si faceva anche con certi atti giudiziali. D'altronde non si può negare che ci poteva essere bene il costume di dare un testamento regolarmente redatto in deposito al magistrato, come oggi si fa anche coi testamenti olografi, ma non perde nulla per questo del suo carattere di testamento privato. È indubitato per altro che nel testo surriferito è distinto nettamente il testamento giudiziale da qualunque altro testamento privato, sia o no consegnato all'autorità giudiziaria: *Sicut autem securus erit, qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum aut* AURIBUS PRIVATORUM MENTIS SUAE *postremum* PUBLICAVIT IUDICIUM, parole che non possono essere attribuite ad un testamento già redatto e poi consegnato all'autorità giudiziaria (5).

**113.** 2) La seconda forma del testamento pubblico è il testamento *principi oblatum*, il quale consiste in ciò che il testatore per mezzo di una supplica offre all'imperatore il suo testamento redatto senza alcuna formalità il quale viene depositato nell'archivio imperiale.

Questo testamento introdotto dalla costituzione di Onorio, L. 19, Cod., riportata innanzi, secondo Gotofredo (6), ha i suoi precedenti nella L. Giulia e Papia Poppea, secondo la quale due coniugi, che si fossero reciprocamente istituiti eredi, potevano allora acquistare l'intero di ciò che si era disposto, quando da essi fossero nati dei figli, solo che quei coniugi che non avessero avuto figliuoli potevano impetrare il *ius liberorum* dal Principe (7). Secondo questa regola un Catullino con sua moglie, non avendo figli, istituitisi eredi reciprocamente, offrì il testamento all'imperatore Onorio domandando il *ius liberorum*. Onorio, accettando il testamento, invece di un rescritto rilasciò una costituzione generale, che è quella riportata inserita nel Codice Giustinianeo, Legge 19, *de testamentis*. Un caso identico si avverò sotto Valentiniano III, il quale si attenne alla costituzione di Onorio, ed allargò quella disposizione ad ogni altro caso che non fosse la reciproca istituzione di coniugi; cioè che non solo nel caso dei coniugi reciprocamente istituiti che domandassero il *ius liberorum*, ma qualunque altra persona aveva la facoltà di presentare al principe l'ultima sua volontà; tale testamento anche redatto senza altra forma, per ciò che era stato presentato all'imperatore, doveva avere piena validità. La conoscenza dell'imperatore era sufficiente alla validità di esso testamento, anche quando alla presentazione non fosse seguito il rescritto (8).

Il *testamentum principi oblatum* è un testamento scritto, dovendo essere presentato all'imperatore per mezzo di una supplica. Dev'essere consegnato allo stesso imperatore, ovvero in modo che egli sappia del testamento oblato, perchè quest'ultima circostanza è la più essenziale come quella che supplisce a qualunque mancanza di formalità: *omnium testamentorum solemnitatem superari videtur, quod insertum mera fide precibus... etiam conscientiam principis tenet.*

Il testamento doveva essere consegnato non propriamente alla presenza dell'imperatore, ma secondo le parole della legge riportata: *quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet*, nella riunione del suo concistorio, inteso questo vocabolo tanto nel senso del consiglio intimo di Stato dell'imperatore, che nel senso di supremo tribunale in cui il principe era il supremo giudice, l'*auditorium principis* (9).

Il *testamentum principi oblatum* è perfetto dal momento che lo scritto, anche fatto senza alcuna altra formalità, è presentato all'imperatore nel modo come si è detto: però per solennità che mancano, e che vengano supplite con l'offerta del testamento al principe, si vuole intendere solo le solennità esteriori, non le interne, cosicchè la mancanza, per es., della *testamenti factio activa* nel testatore, o della propria nell'erede, la preterizione di un *suus* rende il testamento *nullum aut ruptum* non ostante sia *principi oblatum*. Quanto a questo punto questa forma di testamento dev'essere soggetto alle regole ordinarie.

---

(1) Nov. Valent., III, t. 4, *de testamentis* (*Jurispr. anteius.* de Hugo, II, pag. 1320).

(2) Vedi Savigny, *Geschichte des Recht in Mitt.*, I, cap. 2, pag. 82; Glück, loc. cit., pag. 158.

(3) L. 2, § 4, D. *testam. quem aperint.* (29, 3).

(4) Cuiacio, *Ad Paul. rec. sent.*, lib. IV, tit. 6. Madhin, *Principia iuris romani de successionibus*, § 83.

(5) Corradi, *Diss. de test. publico quod fit apud acta*, § 2; Savigny, *Geschichte des röm. Recht in Mitt.*, cap. II. Thibaut, *Archiv. f. civil. Praxis*, VI, pag. 229. Glück, op. cit., p. 159 ss.

(6) Vedi Gothofr. ad L. 6, Cod. Theod. *de inoff. test.*, libro II, tit. 19, tom. I.

(7) Ulpiano, *Fragm.*, XVI, § 1. Heinneccio, *Ad L. Iul. et Pap.*, lib. II, cap. 15, § 6-8.

(8) L. 4, Cod. Theod. *de iur. lib.* Glück, XXXIV, pag. 165 ss.

(9) Glück, loc. cit., pag. 172 ed autori ivi citati. Vedi in contr. Fab., *De testam. princ. oblat.*, cap. VI, § 11. Stryck, *Diss. de testamento princ. vel ind. oblat.*, § 12.

**Requisiti materiali dell'atto d'ultima volontà.**

### § 32. — *Della volontà nei testamenti.*

114. La volontà è il contenuto del testamento; è revocabile; requisiti. — 115. Dev'essere libera, è nullo il testamento quando la disposizione si fa dipendere dalla volontà del terzo; non è nullo quando si fa dipendere da un'azione da intraprendersi dal terzo; interpretazione delle LL. pr. 43, § , *de leg.* (30) e della L. 46, § 2, *de fideicomm. lib.*; opinioni diverse.

**114.** Il contenuto del testamento è la manifestazione della volontà del testatore. Essa è una disposizione unilaterale, revocabile fino alla morte, ma resa irrevocabile da questo avvenimento essa ha lo stesso valore di legge in tutto quello che dispone. Ond'è che la volontà del testatore è il solo fondamento giuridico di ogni disposizione contenuta nel testamento. Per la qual cosa la volontà dev'essere:

I. innanzi tutto libera da qualunque estranea influenza;

II. dev'essere determinata;

III. dev'essere completa in quanto deve corrispondere a tutto il pensiero del testatore.

**115.** Essendo il testamento *voluntatis nostrae iusta sententia*, non è concepibile un testamento valido dove la volontà del testatore non sia stata libera. Quindi tutto ciò che si oppone alla libertà della volontà, si oppone nel medesimo tempo alla validità del testamento; in conseguenza oltre alla validità del testamento prodotta dalla influenza dell'errore, della violenza e del dolo sulla volontà del testatore (vedi § seguente) è completamente nullo il testamento, quando la disposizione in esso contenuta si fa dipendere dalla volontà di un terzo. Ed infatti in questo caso il testamento non sarebbe *nostra voluntatis iusta sententia*, ma dipenderebbe dalla *voluntas aliena.*

L. 32, pr. *de hered. inst.* (28, 5) - Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constantes veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere (1).

Non è a confondere questo caso con l'altro, quando si fa dipendere la disposizione testamentaria dall'azione da intraprendersi da un terzo, come è il caso suesposto nella L. 68, *de hered. inst.: Si Titius in Capitolium ascenderit;* perocchè in questa ipotesi la disposizione non si fa dipendere dalla volontà di Tizio, ma da un avvenimento come da qualunque altra condizione.

L. 68, cit. - Si quis Sempronium heredem instituerit, quamvis non alias esse heres possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii erit utilis ex institutio.

È naturale che la volontà del terzo dev'essere libera di ascendere o meno in Campidoglio, poichè in questo caso rispetto all'erede od al legatario l'ascendere o no di Sempronio in Campidoglio assume le proporzioni di qualunque avvenimento casuale; chè se si facesse dipendere dalla volontà di Sempronio la quale volontà dovrebbe per es. essere fatta palese coll'ascendere in Campidoglio, la disposizione sarebbe sempre nulla, perchè allora l'azione di Sempronio rispetto all'erede od al legatario non è un avvenimento qualunque come: *si navis ex Asia venerit*, ma è una forma di manifestazione di volontà da cui si fa dipendere la disposizione testamentaria.

Questo punto è nella scienza non scevro di difficoltà per alcune equivoche espressioni delle fonti. La distinzione tra la volontà o un'azione qualunque del terzo che mena, come si è veduto, a conseguenze opposte, non pare che sia del tutto ammessa dalle fonti. Nella L. 1, pr. *de leg.* (30) è detto:

In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest, quid enim interest, *si Titius Capitolium ascenderit*, mihi legatur, *an si voluerit?*

L. 43, § 2, *de legat.* (30) - Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.

L. 46, § 2, *de fideicom. lib.* (40, 5) - Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum mihi legatum esse *si Titius Capitolium ascenderit.*

Da questi tre testi si rileva a prima vista che Ulpiano non faceva alcuna distinzione tra i due casi, quando la disposizione testamentaria si facesse dipendere dal volere di una terza persona, *si Titius voluerit* e l'altra fatta dipendere da un fatto personale del terzo, *si Titius Capitolium ascenderit*, perchè in entrambi questi casi la disposizione testamentaria sarebbe valida. Così il dissenso tra Ulpiano, Gaio e Pomponio è manifesto.

Indipendentemente da ciò una simile contraddizione così appariscente sembra tanto più strana in quanto Modestino, discepolo di Ulpiano, del resto tanto deferente al suo maestro da non permettersi mai di dissentire dalle sue opinioni e citarlo senza molta stima e rispetto (2), dissentirebbe senza fare alcun cenno di Ulpiano su questo punto.

L. 52, *de cond. et demonstr.* (35, 1) - Modest. Nonnumquam contingit, ut quaedam nominatim expresse officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: *Titio decem do. lego, si Maevius Capitolium ascenderit;* nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat, et velit efficere, ut Titio legatum debeatur: non tamen poterit aliis verbis utiliter legari *si Moevius voluerit, Titio decem do*, nam in aliena potestate conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.

È naturale che questo dovea essere nella scienza uno dei punti più controversi, ed è perciò che dai Glossatori fino ai nostri giorni si è discusso sulla interpretazione dei due testi, fino al punto che alcuni interpreti, sconfortati, hanno ritenuto fossero quelle due leggi inconciliabili tra loro (3).

La idea, che è balenata dal principio agl'interpreti, è stata quella di comprendere le parole *arbitrium alterius* per l'*arbitrium boni viri;* e ciò tanto più in quanto di tale arbitrio è parola nel § 1° della legge *de legatis* testè riprodotta.

Questo concetto del Glossatore Giovanni Bassiano fu seguito dal Donello (4).

Un solo interprete credè portare una modificazione al testo di Ulpiano e fù il Glossatore Rogerio, il quale, invece di leggere: *quid enim interest*, legge *aliquid interest.*

(1) L. 9, § 9; L. 68, *in fin. de hered. inst.* (28, 5).

(2) Vedi L. 2, § 9, *de excusat.* (nobilis Ulpianus); L. 4, § 1, *eod.* (Ulpianus nobilissimus); L. 8, § 9; L. 12, 13, § 2, *eod.;* L. 52, § 20, *de fastis* (47, 2).

(3) Thibaut, *System.*, § 800 (4ª ediz.), sebbene nelle altre edizioni l'autore abbia mutata la sua opinione. Schrader, *Abhandlungen*, I, pag. 65, § 8.

(4) *Commentar. de iur. civ.*, lib. VIII, cap. 15, § 5-8.

Il senso sarebbe questo: un legato potrebbe essere fatto dipendere dalla volontà altrui solo come condizione, essendovi una grande differenza se si lega: *si Titius in capitolium ascenderit*, ovvero *si voluerit*. Quest'interpretazione non fu accettata fin dai tempi di Bartolo e di Guido Pancirollo (1).

Ma gli sforzi maggiori degl'interpreti sono stati diretti a limitare il significato della parole di Ulpiano, le quali a primo aspetto sembrano dare un risultato troppo ampio e quindi erroneo. Epperciò giustamente hanno creduto che il principio esposto da Ulpiano fosse spiegato meglio dal suo discepolo Modestino. In effetto le parole: *Titius voluerit* possono essere intese in un doppio significato: in primo il testatore potrebbe con quelle parole far dipendere il legato esclusivamente dalla volontà del terzo, ed allora il legato sarebbe nullo, ed in questo senso decide della nullità Modestino nella L. 52, *de condition. et dem.* In secondo luogo possono essere dal testatore prese come condizione, di guisa che esse suonerebbero: *si forte acciderit aliquando, ut id Titius velit*, e in questo senso il legato sarebbe valido, come se fosse istituito con queste parole: *si Titius Capitolium ascenderit*, e in questo senso ancora il legato si farebbe dipendere dalla volontà di Tizio. Così Ulpiano avrebbe ragione di dire che non vi sia alcuna differenza tra queste due proposizioni: *si Titius capitolium ascenderit, an si voluerit* (2).

Dietro questo indirizzo quasi tutti gl'interpreti moderni si sono concordati in questo concetto che Modestino non si sia allontanato punto dalla opinione del suo maestro Ulpiano, e che tra i due non vi sia alcuna contraddizione. In effetto Ulpiano nella legge 1ª citata parte dal principio che un legato possa dipendere dalla volontà di un terzo e le seguenti parole *quid enim* ecc., sono determinate a giustificare questo principio. In altri termini Ulpiano vuole in quella legge esprimere questo pensiero, che il legato si può far dipendere dalla volontà del terzo, quando questa volontà si presenti come una condizione (*Veluti conditio*), come, per esempio, *Titius in Capitolium ascenderit;* perchè, anche in questa forma, il legato non dipende meno dalla volontà altrui che se fosse istituito con le parole *si voluerit*. Ed è in questo senso che Ulpiano dice: *quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit?*

*Quid iuris* poi se il legato si faccia dipendere dalla volontà altrui con la semplice condizione: *si Titius voluerit?* Di questa questione Ulpiano non si occupa, e attribuirgli il pensiero che il legato fosse valido anche in questa forma, è lo stesso che far dire ad Ulpiano quello che non ha mai inteso di dire. Ciò che manca in Ulpiano, si trova nella legge 52 di Modestino, dove questi fa la esatta distinzione fra le due forme d'istituzioni di legati: poichè, se il legato è istituito in questo modo: *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit* (che sarebbe l'*arbitrium alterius veluti conditio* di Ulpiano), il legato sarà valido; se invece il legato fosse istituito così: *si Maevius voluerit, Titio decem do*, il legato sarebbe nullo, perchè, sebbene sotto la prima forma si fa dipendere il legato dalla volontà altrui, pure tale volontà non è espressa, non forma essa l'oggetto esclusivo della condizione, ma è inclusa nel fatto di Titio o di Mevio che deve ascendere o no in Campidoglio. Nella seconda forma d'istituzione invece *si voluerit*, la volontà, il *velle*, è proprio esso l'oggetto esclusivo della condizione; ragione per cui Modestino chiude il suo testo con queste parole: *inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent* (3).

Lo stesso Ulpiano alla L. 46, § 2, *de fideicommisar. libertatibus* (40, 5) pare che accenni al medesimo concetto.

Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.

In questo testo si parla della libertà fedecommissaria e il motivo della decisione sta nello speciale carattere di una tale libertà, in cui le parole *volo* equivalgono alle altre espressioni *cogo*, *mando*, *fideicommitto*, espressioni che appartengono ai *verbis precariis* per cui si distingue il legato dal fidecommesso; e quindi in favore della libertà fidecommissaria la espressione *si voluerit* equivale all'altra *si in Capitolium ascenderit;* mentre, se si trattasse di vero legato, la espressione *si voluerit* farebbe il legato nullo. In altri termini la *fideicommis. libertas* forma qui una eccezione come in tanti altri casi (4). Quindi non ammettiamo la opinione di Arndts il quale crede che nella legislazione giustinianea, a differenza dell'antica, in tutti i legati avrebbe effetto di validità la espressione *si voluerit*, e che la distinzione di Modestino sia rimasta efficace solo per la istituzione di erede.

Differente è il caso, quando la disposizione testamentaria si fa dipendere dall'*arbitrium boni viri*, cioè quando la disposizione non si mette al volere del terzo, ma al suo discernimento, come, per esempio, *se Tizio il crede*, se *Tizio stimi conveniente* ecc.; in questo caso il legato o la disposizione sarà valida.

L. 75, *de legatis* (30) - Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum: si aestimaverit heres, si comprobaverit, si iustum putaverit, et legatum et fideicommissum debebitur; quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.

L. 11, § 7, *deleg.* (32) - Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur: si volueris, tamen si ita adscriptum fuerit: si fueris arbitratus, si putaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur, debebitur; non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.

Il legato o la disposizione testamentaria è valida, quando non propriamente la disposizione stessa, ma le sue modalità dipendono dall'arbitrio del terzo o dell'erede.

L. 46, § 4, *de fideicommiss. libert.* (40, 5) - Quamquam autem

(1) Bartolo ad L. 40, *de pactis* et ad L. 1, *de legatis* (31); *Thesaurus variar. lection. utriusque iuris*, lib. III, cap. 5.

(2) Cuiaccio, *Observationes*, lib. II, cap. 2. Bachovius, *Ad Treutler.*, II, disp. 13, th. 1, lit. *D.* Fachinaeus, *Controv. iur.*, lib. 5, cap. 58. Gothofredus, *Com. in tit. Pand. de divers. reg. iur.* ad L. 195, pag. 761. Vinnio, *Select. iur. quaest.*, lib. II, cap. 25. Lud. Charontas, seu Verisimil, lib. 1, cap. 21. L. 11, *in Thes. Ottonis*, I, pag. 736.

(3) Glück, *Pandect.*, XXX, pag. 442 ss. Vangerow, II, § 432. Francke, *Notherbrecht.*, pag. 66, nota 23. Mühlenbruch, § 644, nota 5. Sintenis, *Civilrecht*, III, § 171, nota 4. Vedi anche Puchta, *Pand.*, § 173. Averanius, *Interpret. iuris*, lib. II, cap. 22, etc.

(4) Duareno, *Comment. in tit. D. condition. institut.*, cap. 4, § ult. Fernand. de Retes, *Opusculorum*, lib. 4, ad L. 41, *de legat.*, 3, n. 2 (in Thes. Mermann, 6, pag. 209). Glück, loc. cit. È ancora controverso se il diritto canonico abbia apportato a questa dottrina una modificazione. Vedi Arndts, loc. cit. Mühlenbruch, loc. cit. Vangerow, II, § 432, pag. 96 (7ª edizione).

in heredis arbitrium conferre an debeatur, non possit, quando tamen debeatur, conferri potest.

L. 11, § 6, *de legat.* (32) - Hoc autem legatum: quum voluerit, tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est: verum si antequam dederit, decesserit, heres eius praestat. Sed et si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur, conditionale enim esse legatum, nemini dubium est, et pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium.

Anche se questo tempo non fosse aggiunto, è sempre inteso che il legato debba pagarsi alla morte dell'erede.

L. 41, § 13, *de legat.* (32) - Scaevola respondit: *quumheres scriptus rogatus esset, quum volet, alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum.* Claudius: *post mortem enim utique creditur datum.*

Così ancora si può dare la facoltà all'erede di scegliere tra i diversi nominati coloro che debbano essere i legatari.

L. 24, *de legat.* (31) - Videtur enim Marcellus, cum fideicommissum ita relinquitur: ex liberis cui volueris arbitrari, nisi offerat cui heres velit, et statim offerat, sine aliquo scilicet intervallo, statim competere omnibus petitionem.

Naturalmente, se la scelta non è fatta, tutti i nominati hanno un uguale diritto (1).

Così ancora la determinazione dell'oggetto può essere messa all'arbitrio del terzo (2).

### § 33. — *Della influenza della violenza, dell'errore e della frode sulla volontà.*

BIBLIOGRAFIA.

T. D. et T. C., *Si quis aliquem testari prohib. vel coeg.* (29, 6). — Glück, *Pand.*, XXXIII, pag. 426. — Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 485. — Tewes, *Erbr.*, I, pag. 201. — Schlimann, *Lehre von Zwange.* — Kramer, *Die Lehre von den psychischen Zwang.* — Unger, *Erbr.*, § 13. — Vangerow, *Pand.*, II, § 431, nota 2. — Windscheid, *Pand.*, III, § 548.

116. I. Differenza della influenza della violenza sulla volontà negli atti *inter vivos* con quelli *mortis causa.* — 117. 1) Se qualcuno ha impedito con la violenza di fare o cambiare il testamento; caducità della disposizione; interpretazione della L. 1, *de his quae ut indig.*, 39, 41 (3). — 118. 2) Il testatore costretto con violenza a fare od a mutare il testamento; opinione degli scrittori sulla nullità o meno della disposizione; sistema della nullità. — 119. II. Influenza dell'errore; quando fu causa della disposizione del testatore; *quid* se l'errore versa sulla qualità o quantità; sulla condizione di famiglia del testatore. — 120. Della influenza della frode.

**116.** I. La violenza può influire sulla volontà del testatore e le conseguenze sono alquanto diverse da quelle stabilite agli atti tra vivi, imperocchè ne' testamenti è da distinguere diversi casi.

**117.** 1) Se il testatore è stato impedito a fare o a cambiare un testamento, per regola generale chi ha usato la violenza è ritenuto per indegno, e la eredità è devoluta al fisco.

L. 1, pr. *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (29, 6) - *Qui dum captat* hereditatem legitimam, vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum, vel mutare, divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus, fisco locum fore (3).

Per la qual cosa, se dei molti eredi iscritti qualcuno di essi ha adoperato a questo scopo la violenza, egli solo è riputato indegno, restando il resto del testamento efficace per gli altri (4).

Se poi tutti gli eredi intestati o testamentarii con violenza impediscono al testatore di fare o mutare il suo testamento, il fisco subentra in tutta la eredità.

Se a carico dell'erede dichiarato indegno fosse stato dal testatore imposto un legato, questo resta efficace, ed il fisco che subentra all'erede è obbligato a soddisfarlo per la nota massima stabilita nella L. 3, § 5, *ad SC. Trebellianum* (36, 1): *fiscus cum oneribus hereditatem acquirit*, e per la

L. 2, § 2, *h. t.* (29, 6) - Si fidei eius, qui dolum admisit, commissum sit, ut hereditatem restitueret, ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet, ut commodum legis Falcidiae fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius (5).

A queste disposizioni pare contraddica la L. 19, *de his quae ut indignis* (34, 9).

Si scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quod testator aliud testamentum, mutata voluntate, facere voluit, et impeditus ab ipsis est, ab universo iudicio priore recessisse eum videri.

In questa legge è supposto il caso che il mutamento della volontà da parte del testatore rifletta anche i legati, i quali cessano per i principii sull'*ademptio legatorum* (6). Se la L. 19 citata dovesse avere un valore assoluto, senza supporre la dichiarazione del testatore di voler mutare ogni qualunque disposizione del testamento, non solo contraddirebbe alla ragione speciale, per cui quando il testatore è impedito di mutare il testamento, non sapendosi quali delle disposizioni voleva mutare, e quali mantenute, non si possono colpire anche i legatari che non hanno adoperato alcuna violenza, ma si contraddirebbe a molte precise e speciali disposizioni di legge (7).

**118.** 2) Il testatore è stato costretto a fare o a mutare il testamento, sicchè mentre nel primo caso il testamento o la mutazione di esso come voleva il testatore non avviene, in questo si è per violenza effettuato un testamento o la mutazione non voluta dal testatore.

Su questo caso gl'interpreti non sono punto di accordo. Alcuni tra essi hanno ritenuto per questa ipotesi applicabili le medesime disposizioni del caso precedente, cioè che il fisco subentri a colui o a coloro degli eredi che abbiano usato la violenza. Essi trovano il sostegno di questa opinione in primo luogo nella

L. 1, *si quis aliq. testari prohib.* (6, 34) - Civili disceptatione crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus vel quoslibet alios, quos noluerit, scripsit heredes.

In secondo luogo credono vi sia analogia tra questo ed il primo caso, tanto più che i due titoli delle Pandette e del Codice devono essere considerati come un solo, dove si contemplano sotto i medesimi principii entrambi i casi (8).

(1) L. 7, § 1, *De reb. dub.* (34, 5); L. 46, § 5, *de fidecomm. libert.* (40, 5).

(2) L. 110, *de legat.*, (30); L. 3, § 1, C. *comm. de legat. et fideicomm.* (6, 43).

(3) L. 2, C. *h. t.* (6, 34).

(4) L. 1, § 1, *si quis aliqu., etc.* (29, 6).

(5) L. 1, § 2, *eod.*

(6) L. 19, § 2, *de his quae ut indignis* (34, 9); L. 14, *de iure fisci* (49, 14).

(7) Vangerow, *Pand.*, II, § 431.

(8) Vedi Mühlenbruck *in Glück*, vol. 43, pag. 483.

Cuiaccio, *Partit. ad tit. Cod. si quis aliquem.* Duaremo, *Com. ad tit. Pand. si quis, etc.*, capit. 3. Wissembach, *Exercit. ad Pand.*, P. I, disp. 59, th. 11. Voet *ad Pand.*, II, lib. 29, tit. 6, § 1. Rosshirt, *Vermächtnisse*, I, pag. 574. Sintenis, *Pract. Civil. Recht.*, III, § 171.

Altri al contrario credono che la disposizione testamentaria sia in questo caso nulla, e la eredità sarebbe devoluta *ab intestato* (1).

Qualcuno ha distinto se la violenza è stata adoperata nell'atto della formazione del testamento, ovvero prima della redazione di esso. Nel primo caso il testamento sarebbe nullo, nel secondo invece chi usò la violenza è ritenuto come indegno, e la eredità sarebbe devoluta al fisco (2).

Finalmente il Vangerow, che prima avea seguito la prima opinione, ne ha dopo esposta un'altra, scostandosi da tutte.

Nel caso supposto, secondo questo illustre scrittore, non sarebbe fondato nè il sistema dell'indegnità e quindi la devoluzione al fisco, nè il sistema della nullità; sibbene bisognerebbe applicare le regole generali stabilite in ogni caso di violenza, per cui l'atto non è nullo, ma rescindibile. E per conseguenza colui il quale è stato danneggiato dalla violenza adoperata, ossia l'erede *ab intestato* o testamentario del primo testamento avrebbe i mezzi ordinarii come l'*actio*, o l'*exceptio quod metus causa*, ovvero la *integrum restitutio propter metus causam*.

Questa ultima opinione meriterebbe a prima vista la preferenza. I fautori della dottrina dell'indegnità non hanno potuto allegare direttamente alcun testo, in cui si dica che in tal caso la eredità sarebbe devoluta al fisco, ed indipendentemente da ciò, s'incontrano delle difficoltà nell'applicazione dell'uno e dell'altro sistema; quindi parrebbe che restino solo le regole generali sulla dottrina della violenza e del dolo.

Noi accederemmo a questa opinione, se non si trattasse di testamento, di questo atto circondato da tante disposizioni speciali, perchè si possa avere la garanzia che ciò che è disposto nel testamento sia stato *voluto* dal testatore.

Quando è dichiarato assolutamente nulla ogni disposizione che non corrisponde alla volontà del testatore; quando Ulpiano voleva che il *consilium testatoris* debba essere *certum*, e nulla dovea essere quella disposizione in cui si era frammischiato la volontà altrui (3); quando i Romani hanno circondata la indipendenza e la integrità della volontà del testatore di tali garanzie, riescirebbe veramente inesplicabile, come poi avessero potuto ritenere per valido un testamento estorto con la violenza. Vedremo da qui a poco come anche la dottrina sull'errore non ha nei testamenti la medesima applicazione come nei contratti.

Contro coloro che sostengono il diritto del fisco anche in questo caso, lasciando da parte la distinzione affatto arbitraria del Faber, è da osservare:

Non vi ha alcuna analogia tra il primo ed il secondo caso. Nel primo il testamento non è fatto, od il testamento che v'era non è stato mutato per violenza. In tale posizione non si poteva ammettere alcun dritto per quelli che il testatore volea istituire o per quelli che volea maggiormente beneficare nel secondo, perchè non è seguito nessun atto; non si poteva lasciare la medesima eredità agli eredi intestati o testamentarii che impedirono il testatore nel fare o mutare il testamento, perchè usarono violenza e perchè non si voleva mutare la disposizione già fatta. Non restava dunque che investire della eredità il fisco. All'incontro quando non esiste disposizione, ma si fa il testamento, usando la violenza, i provvedimenti legislativi a tutela dell' indipendenza della volontà sono diretti al testamento sorto, è quindi a vedere se il testamento sia la libera disposizione del testatore.

Provato che ciò non è, il testamento dev' essere ritenuto nullo. Donde potrà scaturire l' intervento del fisco? D'altronde il testo citato a base di questa opinione (4) non ha nessuna parola che accenni al voluto diritto fiscale. La violenza contro il testatore è certo un *crimen*, ma se esso, cadendo sotto la sanzione della L. Giulia e della L. Cornelia, dovrebbe essere causa di chi osò la violenza ad essere privato dalla eredità, non può colpire gli eredi intestati innocenti.

Non resta che accedere alla opinione che propugna la nullità del testamento e quindi:

*a*) Se per violenza fu fatta cambiare una parte del testamento, questa si avrà come non scritta per la massima generale sancita nella L. 2, § 7, *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11)... *pro non scripto est, quem scribi noluit.*

*b*) Se tutto il testamento è stato il risultato della violenza è completamente nullo, e la eredità sarà devoluta *ab intestato.*

*c*) Se di molti eredi *ab intestato* uno o parte di essi hanno usato violenza per far erigere il testamento ed avere in esso una porzione maggiore, è nullo anche in questo caso, e la porzione del mancante si accresce agli altri.

Il timore riverenziale, le preghiere, le blandizie maritali (*maritalis sermo*) non sono state mai concepite come violenza.

**119.** II. Anche quanto alla influenza dell' errore nella formazione de' testamenti bisogna tenere un criterio alquanto diverso dall'errore negli atti *inter vivos.*

Certo quando l'errore riguarda il motivo estrinseco che determinò la volontà, ma che non riguarda la essenza della istituzione, esso, come negli atti *inter vivos*, così in quelli *mortis causa*, non ha alcuna influenza sulla sua validità. È ciò che si chiama *falsa causa, falsa demonstratio.*

§ 31, *Inst. de legat.* (2, 20) - Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti quum quis ita dixerit: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego, vel ita: Titio, quia patrocinio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego; licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio eius liberatus est, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud iuris est, veluti hoc modo: Titio si negotia mea curavit, fundum do lego (5).

Quando però l'errore versa sul motivo che fu la causa per cui il testatore s'indusse a fare la disposizione, questa è completamente nulla.

Colui il quale pretende di far dichiarare nulla la disposizione a causa dell'errore bisogna che provi non

(1) Vedi Ueberi, *Prael. ad Pand. h. t.*, § 2. Coccei, *Ius civ. controv.*, 2, *h. t. qu.* 1 e 2. Westemberg, *Princ. iur. civ. sec. ord. Digest. h. t.*, § 6. Heinneccio, *Elementi di diritto civile secondo l'ordine delle Pandette*, 5, § 114. Thibaut, *Syst.*, §§ 949 e 991. Glück, *Pand.*, XXX, pag. 430. Mühlenbruch *in Glück*, 43, pag. 482; lo stesso, *Doct. pand.*, § 644. Arndts, *Pand.*, § 491.

(2) A. Faber, *De error. Pragm. de cod.*, 38, *Err.* 3-5.

(3) Vangerow, *Pand.*, § 431, nota 2. *Fragm.*, XXII, § 4.

(4) L. 32, pr. *de hered. inst.* (28, 5); L. 1, Cod. *si quis aliquem, etc.* (6, 34).

(5) Vedi Glück, loc. cit., pag. 432. Mühlenbruch, loc. cit., pag. 486. L. 3, *si quis aliq.* (29, 6); L. 3, C. *eod. tit.* (6, 34); L. 17, § 2; L. 72, § 6, *de cond. et demon.* (35, 1).

solo la esistenza dell'errore, ma anche che il testatore non avrebbe presa quella disposizione, se non fosse stato in errore. Ond'è, che se si provi che, non ostante esso, il testatore avrebbe disposto egualmente, l'errore non avrà influenza alcuna.

Le principali applicazioni di questa regola rammentate nei testi sono le seguenti:

*a*) Se qualcuno è istituito nel testamento a motivo di una qualificazione erronea, che fu la causa esclusiva della disposizione di ultima volontà, la disposizione è nulla. Se, p. es. il testatore ha istituito Tizio, perchè lo credeva suo figlio o suo fratello, dove che non era tale, la istituzione deve considerarsi di nessun momento.

L. 4, C. *de heredibus instit.* (6, 24) - Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus si alienum nosset, isque postea subdititius esse ostensus est, auferendam ei successionem, divi Severi et Antonini placitis continetur (1).

All'incontro la diseredazione di un figlio è nulla, quando avvenne, perchè il testatore non lo riteneva come figlio. In questo caso la diseredazione, tolto l'errore, si sarebbe trovata in vero nella persona del figlio, ma ammessa la regola che *exheredationes non sunt indiuvandae*, essa diseredazione è nulla, tanto più che la causa della diseredazione è erronea.

L. 14, § 2, *de lib. et post.* (28, 2) - Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, ex-heres esto*, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset, propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse (2).

Una eccezione a questa regola si ha in una legge di Tiberio il quale dispose che, istituito erede uno schiavo creduto libero, ed a lui sostituito un altro, la disposizione testamentaria non sarebbe nulla, e ciò naturalmente, in favore della libertà.

Ma come per regola generale la istituzione dello schiavo sarebbe nulla, e quindi per diritto la eredità spetterebbe al sostituito, così Tiberio col mantenere pienamente valida la erronea istituzione dello schiavo, non volle pregiudicare la condizione del sostituito, e quindi dispose, che in questa emergenza ereditassero entrambi, lo schiavo e il sostituito, ognuno per la metà (3).

*b*) Nulla è ancora la disposizione testamentaria quando il testatore errò sulle qualità della cosa disposta; p. es. legò una cosa altrui credendola propria, eccetto quando il legato fosse stato istituito in favore dei prossimi parenti.

§ 4, *Inst. de leg.* (2, 20) - Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset; et ita divus Pius rescripsit. Et verius est ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit (4).

Egualmente è nulla quella disposizione che il testatore non avrebbe presa, se avesse conosciuto le vere condizioni sue e della sua famiglia, p. es.: quando il testatore ha istituito erede un estraneo, credendo non avesse più figli.

L. 28, *de inoff. test.* (5, 2) - Cum mater militem filium falso audiisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur; nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet (5).

Finalmente se si fa un testamento nell'erronea credenza che l'erede istituito nel testamento anteriore più non esiste, il testamento è nullo.

L. 92, *de hered. inst.* (28, 5) - Pactumeas Androsthenes Pactumeam Magnam, filiam Pactumeii Magni, ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso, et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit, hac praefactione: quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potuit, Novius Rufus heres esto. Pactumeia Magna supplicavit Imperatores nostros, et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit Imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta (6).

**120.** Per ciò che si attiene alla frode, non mutano menomamente i principii generali, in ciò che si è riconosciuto relativamente alla violenza. In effetto, sia che il testatore fosse stato per frode impedito di fare, o cambiare il testamento, sia che fosse stato obbligato per frode a fare o cambiare una disposizione testamentaria, saranno applicabili le regole stabilite riguardo alla violenza (7).

### § 34. — *Della dichiarazione della volontà.*

121. Come debba essere fatta la dichiarazione di volontà; se la nomina dell'erede in un altro documento posteriore può essere fatta col testamento nuncupativo. — 122. La dichiarazione deve corrispondere alla volontà del testatore; applicazioni di questa regola. — 123. III. La dichiarazione del testatore deve essere integra; applicazione di questa regola, quanto alla forma del testamento, e quanto al contenuto di esso.

**121.** La dichiarazione di volontà, qualunque sia il genere della disposizione, dopo che Costantino tolse le formole sacramentali della istituzione, dev'essere chiara, e deve rivelare senza dubbio alcuno il pensiero del testatore. Che se invece si lascia p. e., una determinata quantità o cose speciali, ovvero si fa una disposizione qualunque sia rispetto alle cose come rispetto alle persone, ma talmente equivoca che non si è sicuri della precisa volontà del testatore, la disposizione è nulla. Egual-

(1) L. 4, 7, C. *de hered. inst.* (6, 24).

(2) L. 15, *de lib. et post.* (28, 2). Cuiacio, *Ad Africanum*, *tract.* 4, *ad h. t.*

(3) § 4, *inst. de vulg. subst.* (2, 15); L. 4, § 41, *de her. inst.* (28, 5).

(4) L. 67, § 8, *de legat.* (31); L. 10, C. *de legat.* (6, 37).

(5) L. 9-10, C. *de test. mil.* (6, 21).

(6) Il fatto che diede occasione a questa legge viene raccontato da Lampridio nella biografia dell'imperatore Commodo. Questo Pattumeo Magno fu insieme a sei consulari fatto giustiziare dall'imperatore Commodo, la sua figlia Pattumea Magna si nascose per timore del tiranno. Intanto suo zio Pattumeo Androstene aveva già istituita nel suo testamento la nipote Pattumea Magna ed a lei sostituita il padre. Dopo che essa si nascose e lo zio non ebbe più notizie di lei, la credette morta insieme al padre, cambiò perciò il suo testamento ed istitui Novio Rufo. Regnando Settimio Severo, Pattumea ricomparve ed attaccò di nullità il testamento dello zio, essendo stato fatto nell'erronea credenza ch'ella fosse morta. L'imperatore Severo accolse la domanda dichiarando nulla la istituzione di Rufo, però volle ch'essa pagasse i legati istituiti nel secondo testamento.

(7) L. 1, § 1 e 2; L. 2, *rr.*, § 2; L. 3, *si quis aliquem testari proib.* (29, 6).

mente anche quando la dichiarazione è chiara, ma mena ad un risultato contrario alla vera volontà del testatore, questa dichiarazione sarà pure di nessun momento.

L. 73, § 3, *de R. T.* (50, 17) - Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si non scripta essent.

Quanto alla persona dell'erede, essa dev'essere esattamente determinata; il dubbio sulla persona che ha voluto istituire il testatore, nuoce alla istituzione.

L. 62, § 1, *de hered. inst.* (28, 5) - Quoties non apparet, quis heres institutus sit; institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.

È naturale che, chi pretende di essere designato come erede nella forma in cui si espresse il testatore, ha l'obbligo di provare che questi abbia voluto istituire lui invece di altri.

L. 33, § 1, *de cond. et demon.* (35, 1) - Si controversia sit de nomine inter plures, qui probaverit sensisse de se defunctum, ille admittitur.

Con ciò non si vuol dire che la dichiarazione della volontà debba avere una formola determinata, nè che sia indispensabile nominare l'erede nella istituzione, basta che nella dichiarazione vi siano tali espressioni da non ammettere dubbio sulla persona istituita dal testatore, e che lo stesso erede sia nominato in un altro documento.

L. 9, § 9, *de hered. inst.* (28, 5) - Heres institui, nisi ut certe demostretur, nemo potest (1).

L. 77, *eod.* - Asse toto non distributo ita scriptum est: quem heredem codicillis fecero, heres esto; Titium codicillis heredem instituit; eius quidem institutio valet ideo quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hic tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.

È controverso se ciò può farsi in un testamento nuncupativo. Generalmente gl'interpreti si sono dichiarati contro (2); mentre altri hanno espresso una favorevole opinione (3).

Quest'ultima opinione è la più esatta, perchè il testamento verbale può essere giuridicamente anche mistico, e quindi non si vede la ragione perchè non si possa in un testamento nuncupativo istituire un erede che poi sarà nominato in un futuro codicillo.

**122.** La dichiarazione deve corrispondere alla vera volontà del testatore, se ciò non avviene la disposizione sarà certo di nessun momento.

Se la espressione del testatore è solo erronea, ed è, quanto al resto, chiaro quello che il testatore ha voluto, la disposizione è valida.

Questa regola ha le seguenti applicazioni:

*a)* Quando la erronea espressione consiste in ciò che si è adoperato un falso nome, essa non nuoce alla istituzione, quando è perfettamente chiaro quello che ha voluto designare il testatore.

L. 4, pr. *de legat.* (30) - Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus.

Se però il testatore, conoscendo la persona da istituire ne istituisce un'altra, la istituzione è nulla.

L. 9, pr. *de hered. inst.* (28, 5) - Quoties volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans, veluti: frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.

Questo principio è ripetuto relativamente alle cose nel seguito alla L. 4, *de leg.* (30).

L. 4, *de leg.* (30) - Quod si quis, quum vellet vestam legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri; Pomponius scripsit, vestem non deberi..... Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia (4).

*b)* Ma se è certa la persona che volle istituire il testatore, o la cosa che volle legare, però egli designava l'una e l'altra con una dimostrazione falsa, ossia con accidentali qualità che nè l'una, nè l'altra aveva, p. es., errata la patria della persona, il mestiere, o data alla cosa una qualità diversa da quella che aveva, tutto ciò non nuoce alla istituzione.

Ed è qui completamente applicabile la massima: *falsa demonstratio non nocet.*

L. 48, § 3, *de hered. inst.* (28, 5) - Si in patre, vel patria, vel alia simili assumtione falsum scriptum est, dum de eo, qui demostratus sit, constet, institutio valet (5).

L. 17, pr., § 1, *de cond. et demon.* (35, 1) - Demostratio falsa est, veluti si ita scriptum sit: *servum Stichum quem de Titio emi;* fundum Tusculanum qui mihi a Seio donatus est; nam si constat, de quo homine, de quo fundo senserit testator, ad rem non pertinet, si is, quem emisse significavit donatus esset, aut, quem donatum sibi esse significaverat, emerit.

§ 1 - Igitur etsi ita servus legatus sit, *Stichum coquum, Stichum sutorem Titio lego,* licet neque coquus, neque sutor sit ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat (6).

*c)* Se la erronea espressione riguarda la quantità p. e. il testatore ha espresso un'altra quantità di quella che aveva in mente, la volontà è preferita alla espressione. Così, se egli ha espressa una quantità più grande di quel che voleva, varrà la quantità più piccola corrispondente alla volontà del testatore.

L. 9, § 3, *de hered. inst.* (28, 5) - Sed si maiorem adscripserit testamentarius, vel quod difficilius est probatione, ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat, ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse quam sententiam et Celsus probat.

*d)* Se invece ha espresso una quantità minore di quella che aveva in mente, anche qui la volontà del defunto ha la preferenza sulla sua espressione.

L. 9, § 2, *eod.* - Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, quum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus libro duodecimo Quaestionum, Digestorum undecimo, posse defendi, ait, ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum; quae sententia Rescriptis adiuvatur generalibus. Idemque est, et si ipse testator minus scribat, quum plus vellet adscribere (7).

*e)* È egualmente valida quella istituzione in cui l'erede è qualificato con parole disonorevoli, come è il caso della L. 48, § 1, *de heredibus instit.* (28, 5).

---

(1) L. 48, § 1; L. 58, *eod.*

(2) Vedi Glück, § 35, pag. 14. Sintenis, *Pract. recht.*, III, § 171, nota 40.

(3) Arndts, *Rechtslexicon*, pag. 219. Fein *in Glück*, 45, pag. 125, nota 94.

(4) L. 7, § 2, *de supel. leg.* (33, 10); L. 4, C. *de test.* (6, 23); L. 7, § 1, C. *de leg.* (6, 37).

(5) § 29, 30, *Inst. de legat.* (2, 20); L. 3, 5, C. *de falsa causa adiect.* (6, 44).

(6) L. 17, § 1, *de cond. et demon.* (35, 1). Vedi anche gli esempi riportati nelle LL. 33, 34, *eod.*

(7) L. 5, § 4, *eod.*

Illa institutio valet: *filius meus impiissimus male demeritans heres esto:* pure enim heres instituitur cum maledicto et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.

Alcuni interpreti (1) hanno voluto limitare questa disposizione al figlio, sicchè la costituzione *cum maledicto* sarebbe nulla fatta in favore di un terzo. Ciò è infondato, trovandosi il medesimo stabilito pei legati anche in favore dei terzi come nell'esempio portato da Scevola nella L. 37, § 2, *de legatis* (32).

*Mevio liberto meo de me nihil merito, dari volo lagenas vini vetusti centum quinquaginta, quas situm est;* quum voluntas testatoris haec fuerit.... an fideicommissum ex verbis suprascriptis valere intelligatur et a quo Sempronius petere possit, quum ad certas personas codicillos scripserit. Respondit posse fideicommissum a Moevio peti.

Nè in questo luogo si deve fare la distinzione tra legato ed istituzione di erede, non essendo per nulla a proposito (2).

Il nome dell'erede può essere completamente taciuto purchè esista la istituzione con la dichiarazione di disegnare in un altro atto, per es., nel codicillo, il nome dell'erede. Un esempio di siffatta istituzione si ha in molti testi, per es.:

... *quem heredem codicillis fecero, heres esto*... institutio valet, ideo quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec testamento data videtur (3).

Quando la dichiarazione della volontà è tale, che si scorge non essere la condizione apposta nella volontà del testatore, dovendo per regola valere più la volontà che la espressione, la disposizione vale come se fosse fatta senza condizione: *quia non nuncupatum videtur, quod contra voluntatem scriptum est.* Al contrario quando in una disposizione incondizionata si scorge che il testatore voleva sottoporre l'erede ad una condizione, la disposizione è nulla.

L. 9, § 5, *de her. inst.* (28, 5) - Tantundem Marcellus tractat et in eo qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est; quam sententiam et ipse et nos probamus (4).

Alcuni interpreti hanno creduto che questo principio fosse contraddetto dalla L. 8, C. *de instit. vel subst.* (6, 25).

Si testamentum ita scriptum inveniatur; *ille heres esto secundum conditiones infrascriptas*, si quidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem.

Un'antinomia tra il Codice e la Pandetta è in questo punto meno che in ogni altro ammissibile, tantopiù che il testo del Codice decide una quistione di giurisprudenza antica riferendosi l'imperatore Giustiniano alla opinione di Papiniano e quindi inutilmente molti hanno tentato una conciliazione per questa via.

La quistione è risoluta dai più in questa guisa. Il testo della Pandetta riguarda il caso in cui il testatore, avendo determinato di istituire l'erede con una condizione, ossia, volendo l'erede non altrimenti che condizionale, non ha aggiunta la condizione medesima, quindi la sua volontà è rimasta non compiuta. Al contrario il testo del Codice stabilisce questo principio, che la sola circostanza, che il testatore voglia opporre dopo una condizione, non può inficiare il testamento, perchè se non si trovano condizioni, la disposizione esiste pura e perfetta, e si presume che il testatore abbia in seguito mutata la volontà; se poi si trova la condizione, essa si riferisce alla istituzione. Ed è questa la opinione di molti scrittori antichi e moderni (5).

**123.** III. Finalmente le dichiarazioni del testatore devono essere compiute secondo la sua intenzione.

Questo principio può riflettere tanto la forma quanto il contenuto del testamento.

1. Quanto alla forma non ha bisogno di essere rammentato il principio che se manchino le solennità volute dalla legge, ovvero qualcuna di esse, il testamento è completamente nullo. Se si trova un testamento cui nulla manca quanto al suo contenuto, ma che il testatore voleva sottomettere alle solennità richieste, esso si deve tenere in conto di un progetto, anzichè di un testamento.

L. 29, pr. *qui test. fac. poss.* (28, 1) - Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.

Anche quando il testamento fosse completo rispetto alle solennità di legge, ma che il testatore voleva sottoporlo ad una maggiore solennità, esso testamento deve considerarsi non compiuto secondo la volontà del testatore, e quindi nullo. Così, se fatto un testamento nuncupativo e perfetto, e il testatore voleva per solennità redigerlo in iscritto; ovvero un testamento scritto e anch'esso perfetto, voleva consegnarlo all'Imperatore, e ciò non fu fatto, secondo la volontà del testatore tutte le solennità ch'egli voleva apporre al testamento non vi sono, e quindi secondo la mente di lui esso non è perfetto, perchè come si esprime uno scrittore che si è occupato specialmente di questo argomento: *quod ipse non prius, quam illud fieret, suam dispositionem pro perfecta et completa habere velit* (6).

Questo testamento potrà valere non ostante la sua imperfezione, come si è detto, se lo stesso testatore avesse espresso la volontà ch'esso debba valere come si trova nella sua validità.

L. 29, § 1, *qui test. fac. poss.* (28, 1) - Ex his verbis, quae scriptura pater familias addidit: hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset (7).

2. Quanto poi al contenuto del testamento è da osservare se la mancanza di quello che voleva il testatore riguardi una parte essenziale del contenuto testamentario ovvero una parte accessoria. Nel primo caso

(1) Keraldus, *Observ. et emendat.*, c. 27. Ottonis, *Thesaurus*, II, 1345. Averanio, lib. I, n. 54.

(2) Vedi Mühlenbruch *in Gluck*, vol. 40, pag. 197, nota 72.

(3) L. 77, *de her. inst.* (28, 5). Vedi anche L. 10, *de cond. instit.* (28, 7).

(4) Vedi Mühlenbruch *in Gluck*, vol. 38, pag. 423. Faber, *De pragm. de cod.*, XXXV, er. 7, n. 7. Savigny, *Arch. fur civil Praxis*, vol. XXIX, pag. 396. Vangerow, *Pand.*, § 433.

(5) Vedi Cuiacio, *Ad tit. de hered. inst.*, I, pag. 1033. Perez, *Praet. in Cod. tit. de inst. et subst.*, n. 9. Brunnemann, ad L. 9, D. *de hered. inst.* Mühlenbruch, *Doctrina pandect.*, § 646, n. 3, 4. Vedi continuazione di Glück, vol. 39, pagina 424 ss. Vangerow, *Pand.*, § 432. Rudorf in Puchta, *Pand.*

(6) Harprecht, *De test. rat. volunt. imperf.*, Tüb. 1693, § 15.

(7) In questo testo certamente non si allude alla clausola codicillare, per cui le conseguenze sarebbero diverse. Qui il testamento secondo legge è perfetto, solo che manca di una formalità non essenziale per legge all'atto, ma voluta dal testatore. Ora quando il testatore mette quella clausola, il testamento rimane nella sua piena validità.

il testamento sarà nullo, nel secondo sarà valido per la nota massima *utile per inutile non vitiatur*.

1) Se manca la istituzione di erede, ovvero v'è la formola della istituzione, ma il testatore voleva istituirlo più tardi nello stesso atto, o nominarlo in un atto diverso, e ciò non fu fatto, il testamento sarà nullo.

2) Lo stesso avverrà se il testatore avesse istituito più eredi promettendo di scrivere il nome di essi, e ciò fece per uno solo o per alcuni e non per tutte le istituzioni fatte, il testamento sarà anche nullo, perchè anche in questo caso il testamento non è completo secondo la volontà del testatore.

L. 25, *qui test. fac. poss.* (28, 1) - Si his, qui testamentum faceret heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset heredes pronuntiare; ego nec Servium puto aliud sensisse (1).

Per avere questo risultato bisogna che dall'atto risulti il testatore avere veramente voluto istituire più eredi, ma che ne fu impedito per accidentalità. In effetto se ciò non risulta, e di molti eredi che il testatore voleva istituire, ne nominò alcuni, si deve sempre presumere ch'egli abbia mutato di volontà.

Se invece la incompleta volontà del testatore riflette le parti accessorie: per es., il legato, il testamento sarà sempre valido, sebbene non risponda completamente alla volontà del testatore.

Questo punto però è alquanto controverso, quantochè anche in questo caso si vorrebbe conchiudere per la nullità del testamento (2). Ma oramai gli scrittori moderni sono d'accordo sulla opinione che sosteniamo, e con ragione. Di vero, se la incompiutezza riflette la istituzione di erede, il testamento, annullata la istituzione, rimane senza di essa, onde la necessità della nullità. Al contrario, se la non compiuta volontà del testatore riflette la parte accessoria, come il legato, la nullità di questo non trascina seco anche quella del testamento (3).

## § 35. — *Del Senatoconsulto Liboniano.*

T. D. *ad L. Corn. de falsis*, 48, 10.

124. Disposizione contenuta del SC. Liboniano; chi va soggetto al SC.; applicazione della *L. Corn de falsis*. — 125. Eccezioni alle regole stabilite dal SC.

**124.** Perchè la volontà del testatore sia sicura in ogni caso, potendo il testatore far scrivere ad altri il suo testamento, può accadere che chi scrive il testamento pel testatore (il *testamentarius*) scriva piuttosto la sua che la volontà di lui. Ad ovviare all'inconveniente che il testamentario contro la volontà del testatore ascriva a sè qualche cosa, un Senatoconsulto Liboniano stabilì in generale la regola seguente, che qualunque disposizione che si trovasse stabilita in favore del testamentario (*adscriptio*) non valeva. Più tardi un editto di Claudio aggravò la mano ed ordinò che il testamentario sarebbe in questo caso sottoposto alla L. Cornelia *de falsis*.

1) La regola del SC. L. era assoluta e non faceva nessuna distinzione, se un'*adscriptio* fosse valida o nulla, purchè però il testamento fosse perfetto.

L. 6, pr. *ad L. Corn. de falsis* - Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit; nam et eum teneri constat, qui eo testamento quod postea ruptum, vel etiam quod initio non iure fieret, legatum sibi adscripserit. Hoc tamen tunc verum est, quum perfectum testamentum erit, ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut Senatusconsulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet. Prius enim oportet esse aliquod testamentum, vel non iure factum, ut Senatusconsulto locus sit.

2) Al Senatoconsulto Liboniano sono sottoposti non solo gli estranei, ma anche il figlio o il patrono del testatore che facesse questo ufficio, sebbene costoro in caso di preterizione avessero la *bonorum possessio contra tabulas*; se al contrario queste tali persone avessero operato contro il Senatoconsulto, ossia si fossero ascritti in qualche porzione ereditaria o legato nel testamento da esso scritto, perdono anche la *bonorum possessio contra tabulas* (4).

Non è necessario che il *testamentarius* fosse egli stesso scritto nel testamento, ma è sufficiente che vi fosse qualche persona per mezzo della quale egli potesse realmente acquistare. Quindi non si andrà soggetto al SC. Liboniano, quando si trova ascritto un legato allo schiavo pel caso della libertà e al figlio per causa di emancipazione. Ma vi andrà soggetto il testamentario quando acquista per un altro come in qualità di figlio di famiglia, ecc.

L. 10, pr. *ad L. Corn. de falsis* - De eo qui ei, in cuius potestate est, eique in eadem potestate est adscripserit, nihil Senatusconsultis cavetur: sed hoc quoque casu committitur in legem quia, huius rei emolumentum ad patrem, dominumve pertinet, ad quem pertineret, si filius servusve sibi adscripsissent (5).

3) Va soggetta al SC. non solo quella disposizione per mezzo della quale il testamentario riceve un vantaggio, ma ancora quella per cui egli, come erede istituito, sottoscrive la diseredazione di un figlio, o una concessione di libertà o l'*ademptio* di un legato, ovvero conferma un codicillo anteriore, in cui è rilasciato a lui un legato.

L. 6, § 1 e 2, *h. t.* - Si institutus heres exheredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscribit, Senatusconsulto tenetur. — § 2. Similiter et is, qui libertatem sua manu ademit servi testatoris, et maxime cui a se legata vel fideicommissa data erant, Senatusconsulto tenetur (6).

Se insieme al testamentario è stato fatto un legato ad una terza persona, il legato sarà eseguito solamente

(1) Colle parole *primis nuncupatis, secundos exprimeret heredes* non si deble intendere la sostituzione, come interpretò il Brunnemann, *Com.* ad L. 25 cit., perchè in questo caso, quando vi fossero più gradi d'istituzioni, ed il testatore si fosse espresso chiaramente sul primo grado, sarebbe il testamento valido, essendo il testamento quanto alla istituzione perfetto. Vedi Cuiacio, *ad tit. dig. qui test. fac. poss.* Vedi anche per queste e per le altre difficoltà mosse all'opinione che sosteniamo, Harprecht, *diss. ss. cit.*, § 22. Mühlenbruch *in Glück*, 43, pag. 416.

(2) Merendae, *Controvers. iur.*, lib. 4, h. 48.

(3) Bartolo ad L. 29, C. *de test.*, n. 2, *potest. Pand.*, tit. *qui test. fac. poss.*, n. 24, nota 1. Mühlenbruch *in Glück*, p. 419.

(4) L. 6, § 3; L. 14, § 2, *h. t.*

(5) L. 22, § 5, *h. t.*

(6) L. 22, § 6 e 7, *h. t.*

in favore del terzo: per la stessa ragione vengono mantenute le sostituzioni ed i fidecommessi (1).

**125.** In alcuni casi viene condonata la pena e mantenuta la disposizione:

1) Quando il *testamentarius* è l'unico erede legittimo del testatore.

L. 1, C. *de his, qui sibi abscrib.* (9, 23) - Quamquam ita interpretentur iuris periti, ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem filius emancipatus, patre dictante, tamen si, quum testamentum non esset scriptum, iustus successor futurus esset, accepta bonorum possessione filius patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio.

2) Quando il testatore conferma la disposizione fatta dal testamentario; la quale conferma trattandosi di discendenti può essere generale, ma riguardo agli estranei bisogna che sia speciale.

L. 15, 1, *h. t.* - Plane constitutionibus principalibus cavetur ut, si testator specialiter subscriptione sua declaraverit, dictasse servo alicuius, ut domino eius legatum ab heredibus suis daretur, id valere, nec generalem subscriptionem testatoris valere adversus Senatusconsulti auctoritatem; et ideo legatum pro non scriptum habendum, et servo, qui etiam sibi legatum adscripsit, veniam dari; ego tutius esse puto, veniam petendam ab Imperatore, scilicet eo, quod relictum est abstinentibus (2).

### Modalità nei testamenti.

### § 36. — *Delle condizioni, principii generali.*

Bibliografia.

Escher, *De condit. faciendi, et non faciendi.* Göttingae 1842. — Henac, *De condit. impossib. in at. salm.*, lib. III. — Huschte, *Die Lehre der bedi gte erbeinsetzunge, Zeitschrift fur R. und Ricess.*, vol. XII. — Wenig, *Ueber die amflös. Bedingungen, Arch. f. Civ. Praxis*, I, 9. — Mühlenbruch *in Glück*, 41, pagine 45-276. — Arndts, *R. Lexicon*, vol. III, pag. 927-939. — Maieryler, § 20-24. — Vangerow, vol. II, § 434-438. — Tewes, *Erbrecht.*, § 37-40. — Savigny, *Syst.*, III, § 120-125. — Sell, *Ueber unmögl. Bedingungen, Versuchen*, parte II, Sintenis, 1, § 173-211.

126. Facoltà di apporre condizioni sugli atti di ultima volontà. — 127. Condizione sospensiva. — 128. Della condizione risolutiva; non può essere apposta alla istituzione di erede; controversia su questo punto; la condizione si può apporre al legato. — 129. Delle condizioni impossibili: differenza quanto all'effetto tra gli atti tra vivi, e quelli *mortis causa;* ragione di questa distinzione; dubbi su tale ragione; è indifferente se la condizione è impossibile per natura, per legge, o è contraria ai buoni costumi. — 130. Delle condizioni temporaneamente impossibili; quando valgono come non messe e quando come deficienti; questione; interpretazione delle LL. 58 e 59, § 1, *de cond. et demonstr.* (35, 1). — 131. Condizione relativamente impossibile. — 132. Condizioni possibili in parte, ed in parte impossibili; casi di esse; delle condizioni perplesse. — 133. Delle disposizioni captatorie; natura di esse.

**126.** Il testatore può apporre a qualunque istituzione testamentaria una condizione. Anche relativamente ai testamenti valgono le regole riflettenti le condizioni apposte agli atti tra vivi. Però alcune specie di esse perchè possono contraddire ad alcuni principî fondamentali del diritto successorio, soffrono una eccezione, quando esse vengono apposte alle disposizioni testamentarie. Noi ci occuperemo specialmente di queste modificazioni.

**127.** 1) La condizione sospensiva può essere apposta tanto da un legato quanto alla istituzione di erede, a meno che non si trattasse di una istituzione di un *heres suus* come vedremo in appresso.

§ 9, *Inst. de her. inst.* (2, 14) - Heres et pure et sub conditione institui potest.

**128.** 2) La condizione invece risolutiva non può essere apposta ad una istituzione di erede; perchè secondo le regole generali una istituzione sotto condizione risolutiva darebbe il diritto ereditario e quindi la qualità di erede all'istituto *sub conditione*, dopo, questa avveratasi, l'erede perderebbe la sua qualità, e ciò si oppone alla massima fondamentale *semel heres, semper heres.*

Questo principio, così semplice, è stato disconosciuto da qualche moderno scrittore, il quale pretende che la condizione risolutiva possa essere aggiunta anche alla istituzione di erede. Questo nuovo principio sarebbe fondato nel diritto positivo, il quale l'avrebbe espressamente ritenuto pe' legati. In effetto, si dice, la condizione risolutiva può essere bene convertita in sospensiva, perocchè tanto vale il dire Tizio dev'essere erede finchè non si avveri un determinato fatto, che sarebbe la condizione risolutiva; quanto il dire Tizio non sarà erede, se il fatto si avvera, ciò che sarebbe la condizione sospensiva. Così si sarebbe stabilito nettamente nella L. 107, *de cond.* (35, 1).

Ex diverso quoque purum datum legatum conditionale videtur, veluti quod sub conditione adeemptum est, quia sub contraria conditione datum intelligitur.

Così anche nella L. 6, pr. *quando dies* (36, 2):

Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur.

Così ancora nelle LL. 10-14, *de adim. leg.* (34-4).

Relativamente alla istituzione di erede i sostenitori di questa dottrina riconoscono che non vi ha alcuna disposizione di legge, però in analogia dei legati bisognerebbe, secondo esso, applicarla anche alla istituzione di erede; tantopiù che è regola generale dover valere molto più la volontà del testatore, anzichè la sua forma di espressione (3). Quindi è, si aggiunge, che nella istituzione condizionata in forma risolutiva la intenzione del testatore è quella di non dare la eredità se si avvera la condizione contraria (4) ciò che sarebbe la condizione sospensiva.

Questa dottrina non è stata favorevolmente accolta. Ed in effetti tutta l'argomentazione è poggiata sopra i testi surriferiti che riguardano i legati, i quali, senza escludere alcuno, riflettono solo l'*ademptio legati*, e stabiliscono che un legato di cui si è dichiarata la revocazione sotto condizione, equivale stabilito sotto la condizione contraria. Ora non si può confondere l'*ademptio* con la condizione risolutiva. Del resto fosse anche possibile la conversione della condizione, ciò sarebbe al più ammissibile pei legati. Nè si può parlare di analogia tra istituti così di diverso carattere come la eredità ed il legato. È vero che anche relativamente alla espressione condizionata vale la regola che debba avere la preferenza la vera volontà del testatore sulla sua espressione; però non si deve spingere questo principio fino al punto da violare altri principî fondamentali del diritto successorio. Per quanto si voglia sofisticare sulla

(1) L. 14, § 1, 2, *h. t.;* L. 5, *de his quae pro non scriptis hab.* 34, 8.

(2) L. 15, § 3; L, 22, § 9, *h. t.;* L. 2, C. *h. t.* (9, 23).

(3) L. 19, pr.; L. 101, pr. *de cond. et demon.* (35, 1).

(4) Wenig, *Ir. geneim. Arch. f. Civ. praxis*, I, 9. Zimmera, *eod.*, VII, 7. Mayer, *Erbr.*, I, § 20, nota 5.

pretesa conversione di una condizione nell'altra, rimane sempre vero che l'istituito sotto condizione risolutiva avrebbe immediatamente con l'accettazione della eredità il carattere di erede, che perderebbe appena avveratasi la condizione (1).

**129.** 3) Non possono essere apposte le condizioni impossibili. Gli effetti di tale apposizione sono nelle ultime disposizioni di volontà diversi da quelli ammessi negli atti tra vivi. Imperocchè mentre in questi la condizione impossibile annulla l'atto, nei testamenti la condizione medesima è considerata come non ammessa.

Quale la ragione di questa differenza? Ecco quello che si domandano tutti gl'interpreti, e si domandavano anche i giureconsulti antichi, come ci vien riferito da Gaio nelle sue Istituzioni.

*Inst.*, III, 98 - Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest, veluti si digito coelo tetigerit, inutilis est stipulatio, sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio inserta non esset. Diversae Scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.

Era questa una delle tante questioni delle due famose scuole. I Proculeiani pensavano che le condizioni impossibili non potevano essere apposte nè nei contratti, nè nei legati; ma fu accettata la dottrina dei Sabiniani, che consideravano come non apposte le sole condizioni impossibili accedute in generale alle disposizioni testamentarie. Onde Ulpiano così si esprime nella

L. 3, *de cond. et demonst.* (35, 1) - ..... obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.

Però Gaio stesso non sapeva trovare una idonea ragione di tale diversità. Si può con una certa probabilità ritenere che nei contratti i due contraenti abbiano voluto con serietà conchiudere il contratto; questa supposizione è fortemente scossa, quando col consenso di entrambi si vede apposta una condizione impossibile; e quindi è naturale supporre che i contraenti non abbiano voluto seriamente conchiudere l'affare; tanto più che essi sono al caso anche dopo di chiarire il loro animo.

Nel testamento la cosa è tutt'altro. In esso l'atto sta da sè, mantenuto dalle solennità adempiute, e colui cui è imposta la condizione non ha avuto parte alcuna nella redazione del testamento, nè si può tentare una migliore redazione di esso, ed avere la possibilità che l'autore chiarisca il suo animo, essendo una simile apposizione di condizione conosciuta dopo la morte del testatore. E ciò tanto più che il testamento ha sempre per sè il favore della legge (2). Dunque la condizione impossibile annulla sè medesima, è considerata come non apposta, e la disposizione testamentaria rimane valida.

È perfettamente indifferente per quale causa la condizione è impossibile, se per natura, per legge o perchè contraria ai buoni costumi.

L. 137, § 6, de *V. O.* (45, 1) - ..... Ubi omnino conditio impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset.

L. 112, § 3. *de legat.* (30) - Si quis scripserit testamento fieri. quod contra ius est, vel bonos mores, non valet; veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid.

Anche di questo si è dubitato, e si è affermato che le condizioni giuridicamente impossibili sono state perfettamente equiparate a quelle che si oppongono ad una legge di natura, non così le condizioni turpi (3).

Tutto ciò è infondato. Le condizioni giuridicamente impossibili non sono state equiparate alle naturali, ma sono vere impossibili; la equiparazione sta per le turpi, il cui fatto può avvenire, ma essendo contro i costumi, sono state assimilate alle impossibili. Eppoi si è veduto come le fonti parlano sempre nello stesso senso delle tre condizioni senza alcuna distinzione.

Una opportuna distinzione si è fatta tra le condizioni impossibili positive e negative. L'effetto, che si è notato testè, riguarda le condizioni impossibili positive; quanto alle negative, p. e. *si coelum digito non tetigeris*, se sono come l'esempio proposto, naturalmente o giuridicamente impossibili, sono considerate non apposte anche nei contratti; esse formano allora una condizione necessaria, e quindi non una vera condizione. Se invece si tratta di una condizione moralmente impossibile espressa in forma negativa, se questa è tale, che, avverandosi, produce una perdita, un pregiudizio, la condizione tanto negli atti tra vivi che nel testamento è ritenuta come efficace. Ciò che si lascia *poenae nomine* è stato reso efficace da Giustiniano (4).

Marciano nella L. 14, *de cond. inst.* (28, 7), oltre alle condizioni impossibili moralmente, aggiunge un'altra specie col nome di *conditiones derisoriae*.

Conditiones contra edicta imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut huiusmodi, quae Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur; et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.

Esse sono dette anche *ineptae* e sono quelle che generalmente si oppongono al senso comune, che non sono per se stesse concepibili da un uomo serio, come l'esempio che si trova nella

L. 27, pr. *eod.* - Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione: si reliquias eius in mare abiiciat; quaerebatur, quum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus est ab hereditate? Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliqui testatoris non in mare, secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae conditionis sepulturae tradidit. Sed hoc prius inspicendum est, ne homo, qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset; igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.

Onde queste condizioni, quando non sono apposte da un demente, nel quale caso il testamento non avrebbe valore alcuno, sono considerate non messe come le impossibili.

**130.** La condizione può essere impossibile temporaneamente. Negli atti *inter vivos* è incontrastatamente riconosciuto, che, se la condizione è impossibile all'e-

(1) Savigny, *Syst.*, III, pag. 218; Vangerow, II, § 434, n. 1. Mühlenbruch *in Glück*, XL, pag. 190. Rosshirt, *Testam. erbr.*, I, § 301; Tewes, loc. cit., pag. 217, etc. La condizione risolutiva può bene apporsi al legato, perchè essendo una disposizione a titolo singolare, non presenta alcuna difficoltà come la istituzione dell'erede.

(2) Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 79, ss.

(3) Arndts, *Civil. Schrift.*, II, pag. 151.

(4) § 36, *Inst. in fin. de legat.* (2, 20).

poca della perfezione del contratto, esso annulla il contratto medesimo; se poi la condizione diviene impossibile dopo, essa non annulla il contratto, ma è considerata come deficiente.

Negli atti di ultima volontà non si potrà discorrere diversamente: val dire che debba prendersi il punto di partenza dalla fazione del testamento, e quindi, se essa era impossibile all'epoca della redazione del testamento, varrà come non apposta; se possibile a quest'epoca, addiviene impossibile dopo, varrà come deficiente.

Questo principio è stato da qualche scrittore contrastato, quanto che per decidere sulla validità o meno della condizione si vorrebbe prendere in considerazione piuttosto la morte del testatore: e perciò se la condizione era impossibile al tempo della redazione del testamento, ma addivenne possibile al momento della morte, essa dovrebbe essere ritenuta come validamente apposta. Invece se la condizione era possibile al tempo della redazione del testamento, ma addivenne impossibile dopo, essa dev'essere considerata come non apposta (1).

La opinione comune è che si debba prendere in considerazione la fazione del testamento, epperciò s'è impossibile la condizione a quest'epoca, anche addivenisse possibile dopo, come annulla l'atto *inter vivos*, così dev'essere considerata come non apposta nel testamento. Viceversa, se la condizione era possibile al tempo della erezione del testamento e dopo addivenne impossibile, essa non può essere adempiuta, non sarà mai considerata come non apposta, sarà ritenuta invece come deficiente.

L'argomento messo a base della prima opinione è la L. 58, *de cond. et demon.* (35, 1).

Si ancillae alienae, quum ea nupsisset, legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere.

Questa opinione non ha avuto seguito, e con ragione, perchè è indiscutibile che negli atti tra vivi la condizione impossibile opera nel momento della conchiusione dell'atto, e quindi lo annulla; ne' testamenti deve valere la medesima regola ed essere considerata come non apposta; la condizione, che non ha alcuna forza all'atto della redazione del testamento, non può riceverla dopo, e il testamento che è nato puro (una volta ritenuta come non apposta la condizione), non può più tardi essere ritenuto condizionato.

Il testo riportato non fa al caso, perchè l'ancella possa maritarsi, non è una condizione impossibile, giacchè l'evento possibile della manomissione ne fa una vera condizione. Le giuridicamente impossibili, che possono diventare possibili, sono quelle che si oppongono ad una disposizione di legge e che possono essere mutate da un'altra legge che rende quell'atto possibile; ma non si ha lo stesso quando la possibilità dipende da un evento futuro come nel caso della L. 58. Tanto valeva dare il legato sotto la condizione, se l'ancella sposasse dopo la manomissione.

È lo stesso per il caso della L. 59, § 1, *eod.*

È però decisiva la

L. 137, § 6, *de verb. oblig.* (45, 1) - ..... nec ad rem pertinet quod ius mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri, non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio (2).

**131.** La condizione può essere relativamente impossibile. Dicesi impossibile relativa quella condizione la quale in sè è possibile, ma che non si può adempire, mancando ad essa lo stato di fatto necessario all'adempimento. Tali condizioni si dicono anche false.

Si ha un esempio nella

L. 72, § 7, *de cond. et demon.* (35, 1) - Falsam conditionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti: Pamphilus, si quod Titio debeo, solverit, liber esto, si modo nihil Titio fuit debitum.

Alcuni sono di opinione che in tali condizioni tutto dipenda dal sapere, se il testatore conoscesse o no le condizioni di fatto che rendeva la condizione impossibile. Nel primo caso essa sarebbe considerata come non apposta, egualmente come qualunque altra condizione impossibile, nel secondo caso essa condizione annullerebbe la stessa disposizione testamentaria.

È questa una distinzione poco fondata per la ragione che non vi ha disposizione legislativa che la giustifichi, sebbene non sia propriamente contrario alla natura delle cose il fatto che il testatore il quale dispose, non conoscendo la impossibilità dell'adempimento, sia stato tratto in errore, e quindi considerare come erronea la disposizione medesima, epperciò nulla. Invece tali condizioni sono state perfettamente equiparate alle vere impossibili, indipendentemente dalla scienza o meno del testatore, quando le circostanze di fatto, da cui dipende l'adempimento della condizione, ne resero impossibile l'adempimento prima della redazione del testamento. Se invece tale adempimento addiviene impossibile dopo, la condizione è valida, e varrà come deficiente.

Nell'esempio della L. 72, § 7 la condizione falsa era impossibile, perchè il testatore nulla doveva a Tizio; ma se invece egli fosse vero debitore di Tizio, e l'adempimento della condizione imposta a Panfilo si rendeva impossibile, perchè dopo il testamento il testatore aveva già pagato il suo debito, Papiniano in quella stessa legge, così prosegue: *quod si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi* (3).

**132.** Le condizioni possono essere in parte possibili ed in parte impossibili; in tal caso la parte impossibile è considerata come non apposta, mentre la parte possibile forma per sè una vera condizione che deve essere adempiuta, per es.: *si Moevia mater mea, et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto.* Se il testatore non ebbe mai una figlia, la condizione è impossibile, e quindi Severo risponde: Tizio sarà erede, *si mater te supervixisset*, che era la parte possibile della condizione (4).

Qualche volta questa doppia figura di condizione è più apparente che reale; per es., se ad una condizione puramente possibile si appone un termine che ne rende impossibile l'avvenimento, parrebbe che vi fosse una condizione parte possibile e parte impossibile. Però l'aggiungere il termine alla condizione, che ne fa impossibile l'avvenimento, rende impossibile tutta la condizione, epperciò dev'essere ritenuta come non messa. Questo è il caso della

(1) Sell, *Unmögl. Bedingungen*, pag. 48.

(2) Vedi Vangerow, loc. cit. Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 115, 147.

(3) Vedi anche L. 45, *de hered. inst.* (28, 5); L. 104, § 1, *de leg.* (30); L. 6, § 1, *de cond. et demonstr.* (35, 1). Mühlenbruch, op. cit., pag. 92, 137. Vangerow, loc. cit. Averani, *Interpret. iur. civ.*, c. 24, n. 19.

(4) L. 45, *de hered. inst.* (28, 5). Vedi anche L. 6, § 1, *de cond. et demon.* (45, 1).

L. 6, *de cond. inst.* (28, 7) - Si quis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis eius fecisset, quum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere, quasi impossibilem (1).

Se la impossibilità di una delle parti della condizione si avvera dopo la redazione del testamento, allora tutta la condizione dev'essere ritenuta per deficiente, perocchè la parte impossibile, essendo una condizione deficiente, impedisce sempre la delazione della eredità, non essendo sufficiente l'adempimento della parte possibile. Questo effetto tanto rigoroso fu temperato dalla giurisprudenza romana in molti casi per benigna interpretazione. Se p. e., si fosse fatto un legato sotto la condizione, che il legatario dovesse dare una somma a due persone, e la prima di essa fosse morta prima del testatore, fu domandato a Pomponio, se il legato dovesse annullarsi per deficienza di condizioni, non potendosi più soddisfare il legato alla persona morta dopo la redazione del testamento, sebbene si potesse pagare il legato alla superstite. Ecco come risponde Pomponio nella

L. 112, § 1, *de cond. et demonstr.* (35, 1) - Item: si Symphoro et Ianuario centum Titius praestiterit, fundum ei lego, Symphoro mortuo, an legatum periisset? Sed hoc quoque sic puto interpretandum, ut si, dum quisque eorum vivet, praestitisset. Sed benigna interpretatione dicendum, si non post moram Titii Symphorus decessit, debere partem dimidiam Ianuario dantem, partem fundi dimidiam legatarium esse consecuturum. — § 2 - De illo quoque quaeritur, fundum quibusdam legatus est, si pecuniam certam in funus impensamque perferendi corporis in aliam regionem dedissent; nam, nisi uterque dederit, neutri sit legatum, quoniam conditio, nisi per utrumque, expleri non potest. Sed haec humanius interpretari solemus, ut, quum duobus fundus legatus sit, si decem dedissent, et alteri, dando partem, legatum quoque debeatur (2).

Non è strano che qualche volta la condizione impossibile, come negli atti *inter vivos*, annulli tutta la disposizione testamentaria. Ciò avviene massimamente quando dal contesto del testamento risulta chiaro che il testatore non ha voluto seriamente disporre a favore di colui che sottopose a condizione impossibile. Se per esempio ad uno schiavo è stata data la libertà in un tempo tanto lontano in cui, quando il tempo giunge, non potrà più essere in vita, si può argomentare che il testatore abbia voluto piuttosto impedire che concedere la libertà.

L. 61, pr. *de manum. test.* (40, 4) - Scio, quosdam efficere volentes, ne servi sui unquam ad libertatem perveniant, hactenus scribere solitos: Stichus, quum morietur, liber esto; sed et Iulianus ait, libertatem, quae in ultimum vitae tempus conferatur, nullius momenti esse, quum testator impediendae magis, quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intelligitur. Et ideo etiam, si ita sit scriptum: Stichus, si in Capitolium non ascenderit, liber esto, nullius momenti hoc esse, si apparet, in ultimae vitae tempus conferri libertatem testatorem voluisse, nec Mucianae cautioni locum esse.

**133.** Alcune condizioni, mentre sono in sè possibili, opponendosi ad alcune regole generali di diritto od alla libertà individuale, sono equiparate alle impossibili. Così per es.:

1) Secondo la legge Giulia e Papia Poppea, la condizione di contrarre matrimonio.

L. 64, § 1, *de cond. et demonstr.* (35, 1) - Quod si ita scriptum esset: si Ariciae non nupserit, interesse, an fraus legi facta esset; nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum; legem enim utilem reipublicae, sobolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.

L. 72, § 5, *eod.* Maeviae, si non nupserit, fundum quum morietur, lego; potest dici, et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti. Non idem probatur, si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus (3).

La condizione di sposare o non sposare una determinata persona è valida, purchè non fosse impossibile avere altra occasione di maritarsi.

L. 63, *eod.* - Quum ita legatum sit: si Titio non nupserit, vel ita: si neque Titio, neque Seio, neque Maevio nupserit, et denique si plures personae comprehensae fuerint, magis placuit, quilibet eorum si nupserit, amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, quum alii quilibet satis commode possit nubere (4).

La condizione di conchiudere un matrimonio non onorevole, ovvero di fare un matrimonio ad arbitrio di un altro, è considerata pure come impossibile, e quindi ritenuta non messa.

L. 72, § 4, *eod.* - Si arbitratu Titii Seia nupserit, heres meus ei *fundum dato;* vivo Titio, etiam sine arbitrio Titii, eam nubentem legatum accipere respondendum est; eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur. Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficit, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succurretur.

2) Anche la condizione del giuramento, *conditio iurisiurandi*, cioè la condizione imposta di giurare l'adempimento degli obblighi, è considerata come non messa.

L. 8, pr. *de condit. inst.* (28, 7) - Quae sub conditione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur; providit enim ne is, qui sub iurisiurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem perderet hereditatem legatumve, aut cogeretur turpiter accipiendi conditionem iurare (5).

3) È ancor considerata come non messa la condizione di dimorare sempre in un luogo, ovvero di scegliere domicilio in una determinata città.

L. 71, § 2, *h. t.* (35, 1) - Titio centum relicta sunt ita: ut a monumento meo non recedat, vel: uti in illa civitate domicilium habeat; potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infrigitur: sed in defuncti libertis alio iure utimur.

4) Lo stesso è a dirsi per tutte le condizioni contrarie alla Novella 115, ma di ciò più innanzi.

5) Finalmente è come non messa lo condizione alternativamente messa con una di quelle che devono esser considerate come non scritte; mentre, quando è messa cumulativamente con una di quelle condizioni, dev'essere adempiuta.

L. 8, § 4, *de cond. inst.* (28, 7) - Si quis sub iurisiurandi conditione, et praeterea sub alia sit institutus, huic videndum est, an remittatur conditio; et magis est, ut remitti iurisiurandi conditio debeat, licet alii conditioni parendum habeat.

(1) La opinione del Rosshirt, *Vermächt.*, I, pag. 360, cioè che anche in questo caso debba applicarsi la regola della condizione, parte possibile e parte impossibile, è inammessibile; nè la L. 12, § 1, *de leg.* (30) è opportunamente allegata. E di vero quella legge non riguarda l'aggiunzione di un termine che rende impossibile tutta la condizione, ma decide un caso, in cui il termine aggiunto ad un legato era talmente breve che il pagamento durante questo tempo era impossibile. Vedi Vangerow, II, § 434, pag. 100.

(2) Vedi anche L. 54, § 1; L. 6, C. *de cond. insertis* (6, 46).

(3) L. 22, 74-77, § 2; L. 100, *de cond. et demonstr.* (35, 1).

(4) L. 64, pr. *eod.*

(5) L. 8, § 6, *eod.*

— § 5 - Sed si sub iurisiurandi conditione sit institutus, aut si decem (millia) dederit, hoc est alternata conditione, ut aut pareat conditioni, aut iuret; aliud quid videndum, numquid remitti ei conditio non debet, quia potest alteri conditioni parendo esse securus; sed est verius, remittendam conditionem, ne alia ratione conditio alia eum urgeat ad iurisiurandum.

In questo gruppo di condizioni sono da annoverarsi le condizioni perplesse, le quali consistono in un numero di condizioni contradditorie, e dalle quali non si può ricavare un costrutto. Queste condizioni dovrebbero essere considerate come impossibili, e quindi come non messe.

Invece i giureconsulti romani opinarono ch'esse non potevano essere disgiunte dalla disposizione a cui erano aggiunte: e perciò esse hanno l'effetto di annullare la disposizione medesima.

L. 16, *de cond. inst.* (28, 7) - *Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto:* Iulianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit.

**134.** Sono nulle le così dette disposizioni captatorie. Esse si hanno quando nel testamento s'istituisce qualcuno erede sotto la condizione se egli, il testatore, fosse a sua volta istituito da chi egli nomina erede o da colui a cui dà un legato, o anche da un terzo.

L. 71, *de hered. inst.* (28, 5) - Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto*, quia in praeteritum non in futurum institutio collata est. — § 1 - Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit, quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit: *Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaveritque heres esto.* Quod in sententiam senatusconsulti incidere non est dubium (1).

Tali disposizioni che non hanno altro scopo che quello di carpire una eredità altrui, sia in favore proprio, sia per il terzo, furono considerate nulle da un Senatoconsultò, meno che non si trattasse di due testamenti che determinassero un vantaggio reciproco.

L. 70, *eod.* - Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis.

La disposizione del Senatoconsulto era mantenuta anche per i testamenti privilegiati, quindi non faceva eccezione nemmeno il testamento militare ch'era il più privilegiato di tutti (2).

Si è fatta quistione se fosse nulla la sola disposizione del *captans*, ovvero entrambe le disposizioni del *captans* e del *captatus*. La comune opinione ritiene che fosse nulla quella del *captans*, prima perchè non vi è legge che determina la nullità per entrambi, ma il Senatoconsulto riflette solo chi cerca captare la eredità altrui, ed in secondo luogo, perchè, se si trova una disposizione nel testamento dell'onorato a favore del *captans*, essa non può essere ritenuta come captatoria (3).

### § 37. — *Dell'adempimento delle condizioni.*

135. Principio generale per l'adempimento della condizione. — 136. Tempo in cui devono essere adempiute le condizioni: 1. quando la condizione è casuale; 2. quando la condizione è potestativa; 3. quando è mista. — 137. Regole relative alla condizione potestativa negativa. — 138. Della *cautio Muciana*, suo carattere giuridico; applicazione di essa. — 139. Casi in cui una condizione si considera come adempiuta. — 140. A chi dev'essere prestata la *cautio Muciana;* opinioni degl'interpreti; nostra opinione. Interpretazione della L. 4, § 1, *de cond. inst.* (28, 7); della L. 7, *de cond. et demonstr.* (35, 1), e della L. 20, *de cond. inst.* (28, 7).

**135.** In generale nell'adempimento della condizione si deve avere il principio fondamentale: *in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque règit conditionem,* il che val dire che la volontà di chi appose la condizione debbe valere più che la espressione verbale della medesima.

**136.** Quanto al tempo in cui devono essere adempiute le condizioni è da osservare:

1) Quando la condizione è indipendente dalla volontà dell'erede, può essere considerata adempiuta, anche quando il fatto che ne forma l'obbietto si avvera durante la vita del testatore.

L. 2, *de cond. et demon.* (35, 1) - Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore, ut puta: *si navis ex Asia venerit;* nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur (4).

2) Quando dipende dalla potestà dell'erede o del legatario, la condizione deve adempirsi dopo la morte del testatore, perocchè in tali condizioni l'erede, secondo la volontà del testatore, deve compiere quell'atto formante l'oggetto della condizione allo scopo di ottemperare alla volontà del testatore.

L. 2, *eod.* - Quaedam, quae nonnisi post mortem testatoris: si decem dederit, si capitolium ascenderit.

3) La condizione mista, cioè quella che dipende dal caso e dalla volontà dell'istituito, può essere considerata adempiuta anche quando si avvera durante la vita del testatore, specialmente se questi aveva in mente il fatto per sè medesimo in qualunque tempo esso avvenisse.

L. 10, pr. *eod.* - Haec conditio: *filiae meae, quum nupserit,* talis est, ut, qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit, non satis egerit, quando; et ideo, et si vivo testatore nupserit post testamentum factum, impleta conditio videtur, praesertim quum conditio haec talis est, ut semel impleri debeat. Sed enim non omnes coniunctiones implent conditionem, puta enim nondum nubilis aetatis in domum mariti deducta non paruit conditioni; sed et si ei coniuncta sit, cuius nuptiis ei interdictum sit, idem dicemus. An tamen nubendo postea parere conditioni possit, quasi non nupserit, dubitari potest. Et si testator de primo nuptiali iugo sensit, puto defectam conditionem; benigne tamen dicendum est, nondum impletam conditionem, nec defectam.

Se una di quelle condizioni che possono adempiersi in vita del testatore è già avvenuta alla data del testamento, ignorandolo il testatore, sarà validamente adempiuta.

L. 11, *de cond. inst.* (28, 7) - Si quis testamento hoc modo scripserit: filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto; si non adoptaverit, exheres esto, et filio parato adoptare Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres quasi expleta conditione (5).

(1) Vedi anche L. 81, § 1, *de hered. inst.*

(2) L. 11, C. *de test. mil.* (6, 21).

(3) Vedi Rosshirt, *Vermächt.*, I, § 402. Arndts, *Weiske Rechtslexicon*, III, pag. 937. Puchta, *Pand.*, § 472, nota *g*. Sintenis, *Pract. Civilrecht.*, III, pag. 431, n. 27. Vangerow, *Pand.*, II, § 434. Vedi in contr. Bynkershoeck, *De captatoris restitutionibus*, op. I, cap. 13. Mühlenbruch *in Glück*, XL, pag. 221. Id., *Doct. Pandect.*, § 649, n. 9.

(4) L. 10, 11, § 1, *eod.*

(5) L. 13, pr. *de ann. leg.* (33, 1); L. 14, 31, 45, 78 (38, 1); L. 5, § 5, *quando dies* (36, 2).

Quando il testatore ha fissato il tempo in cui la condizione dev'essere adempiuta, questa deve avverarsi nel termine prestabilito, salvo che non sia stato dato un periodo, p. e., un biennio, un decennio, ecc.; perchè, avveratasi la condizione in qualunque tempo di questo periodo, essa è adempiuta.

L. 41, § 1, *de manum. test.* (40, 4) - Sed si ita sit scriptum in testamento: *Stichus, servus meus, heredi meo mille nummos anno, biennio, triennio, post quam ego mortuus ero, si solverit, satisve fecerit, liber esto*, non potest is servus, nisi triennio praeterito, liber esse, nisi praesentem eam pecuniam solvat, aut satisfaciat; compensanda etenim est heredi libertatis celeritas praematurae pecuniarum solutioni.

Se non vi sia stato designato tempo o periodo di esso, la condizione dev'essere adempiuta durante la vita dell'erede o del legatario. Per le potestative il tempo è messo a volontà dell'erede; mentre se è apposta al legato, il legatario deve adempierla *quam primum potuerit*.

L. 29, *h. t.* (35, 1) - Haec conditio: si in Capitolium ascenderit, sic recipienda est, si quum primum potuerit Capitolium ascendere (1).

**187.** Speciali regole sono stabilite per la condizione potestativa negativa. Queste consistono nell'imporre all'erede o al legatario di non fare una determinata azione, p. e.: « *si Capitolium non ascenderit, si servus hereditarius non alienaverit etc.* ». Tali condizioni vengono adempiute quando non è più possibile il fatto contrario; quando, p. e., non è più possibile ascendere in Campidoglio o di vendere il servo ereditario.

Il più delle volte, come la impossibilità del fatto contrario avviene quando il legatario o l'erede più non esiste, perocchè fino all'ultimo momento della vita dell'istituito è possibile tale fatto in contrario, avveniva l'inconveniente che l'erede o il legatario moriva *pendente conditione*, e quindi non trasmetteva il legato o la eredità ai proprii eredi. Tale inconveniente rendeva inana la volontà del testatore; e, perchè in *conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones*, si pensò di trovare mezzo onde ovviare all'inconveniente.

In vero il diritto pretorio veniva fino ad un certo punto in aiuto, quantochè l'istituito sotto una simile condizione poteva domandare la *bonorum possessio secundum tabulas*. Però un tale mezzo termine era inadeguato allo scopo; perocchè la *bonorum possessio* non dava che un possesso provvisorio, e il legatario o l'erede, morendo, non avrebbero neppure acquistata la eredità o il legato perchè morti sempre pendente condizione. Conveniva trovar modo di stabilire un atto per cui si fondasse la presunzione di essersi avverata la condizione.

A questo scopo provvide la *cautio Muciana* la quale consiste in ciò che l'erede o il legatario promettono di non contravvenire alla condizione, e se si avvera il fatto contrario ad essa, promettono di restituire a chi di diritto la eredità o il legato acquistato.

**188.** Il carattere fondamentale della *cautio Muciana* è che, appena essa è prestata, la condizione si considera come adempiuta, e quindi l'erede o il legatario entrano definitivamente nel possesso della eredità o del legato, salvo a restituire l'una o l'altra in caso che si avveri il fatto in contrario.

L. 67, *de cond. et demon.* (35, 1) - Quum sub hac conditione fundus alicui legatus esset: si servum non manumiserit, et si manumiserit, legatum fundi ad Maevium translatum esset, legatarius de non liberando satisdedit et legatum accepit, et postea liberavit; quaero, an aliquid Maevio detur. Respondit, si cui ita legatum erit: si servum non manumiserit, satisdatione interposita accipere ab herede legatum poterit; et si postea servum manumiserit, commissa stipulatione, heredi vel fundum, vel quanti ea res est, restituet; eoque casu heres ei cui ex sequenti conditione legatum debuerit, restituet (2).

Questa regola sulla cauzione Muciana si applica nel seguente modo:

1) La cauzione è solamente giustificata, quando il suo adempimento non può avverarsi che alla morte del testatore; secondo è stabilito nella

L. 73, *de cond. et demon.* - Titio fundus, si in Asiam non venerit, idem, si pervenerit, Sempronio legatus est; quum in omnibus conditionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur, heres cautionem a Titio accepit et fundum ei dedit; si postea in Asiam pervenerit, Sempronio heres, quod ex stipulatu cautionis interpositae consequi potest, utili actione praestare cogitur (3).

2) Quando la *conditio non faciendi* consiste in ciò che l'erede o il legatario debbano astenersi da un atto che suppone già l'acquisto della eredità o del legato, la cauzione Muciana è giustificata per ciò, che altrimenti non potrebbe essere nè la condizione adempiuta, nè la eredità acquistata, come, p. e., se si istituisce un erede con la condizione: *si servum hereditarium non alienaverit*, non sarebbe possibile il fatto in contrario, perchè per alienare il servo ereditario bisogna che venga acquistata la eredità, e per acquistare questa bisogna non alienare il servo ereditario. Colla *cautio Muciana* l'erede acquista la eredità dal momento che dà la cauzione, e se aliena il servo ereditario, restituirà la eredità a chi di diritto, ciò che è in conformità della volontà del testatore (4).

3) Quando poi il contenuto della condizione potestativa negativa consiste in ciò, che l'istituito non debba eseguire un determinato fatto verso una persona designata, p. e., se l'erede non sposa Sempronia; essendo l'adempimento di tale condizione possibile anche durante la vita dell'erede, non è il caso della *cautio Muciana*, ma bisogna attendere l'avvenimento possibile del fatto in contrario, o infine la morte dell'istituito, perchè il legato e la eredità fossero acquistati.

L. 106, *de cond. et demon.* (35, 1) - Hoc genus legati; si Titio non nupserit, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo, nihilo minus legatum consequitur (5).

(1) L. 59, 109, *eod.*; L. 4, § 2; L. 5, *de hered. inst.* (28, 5).

(2) L. 76, § 7, *de legat.* (31); L. 79, § 2, *de cond. et demon.* (35, 1). Nov. 22, cap. 44.

(3) A questa necessità riconosciuta dalla *cautio Muciana*, si potrà opporre che in altre contigenze l'adempimento della condizione può essere determinato alla morte dell'erede o del legatario, p. e. la condizione *quum morietur*. Vedi § 4, *Inst. de verb. obl.* (3, 15); L. 61, pr. *de manum. test.* (40, 4); L. 101, § 3; L. 103, *de cond. et demon.* (35, 1). Ciò è vero, ma non si può sconvenire che in una simile condizione, anche adempiutasi al momento della morte dell'istituito, non è meno contraria alla volontà del testatore; quantochè questi non aveva certo la intenzione di privare l'istituito o il legatario del godimento della eredità o del legato; e quindi, anche nel caso supposto, è sempre giustificata la *cautio Muciana*. Vangerow, II, § 435, not. 3.

(4) L. 4, § 1, *de cond. inst.* (28, 7).

(5) Vedi anche L. 72, § 2; L. 73; L. 101, § 3, *h. t.* (35, 1); L. 65, § 1, *ad SC. Trebell.* (36, 1).

A quest'ultima regola si trova un'eccezione, quando la terza persona designata è strettamente congiunta coll'erede o col legatario (1).

Per la cauzione Muciana l'erede istituito deve sottostare a tutte le limitazioni osservate ne' legati, cioè che bisogna attendere l'effettivo adempimento della condizione, quando è manifesta la intenzione del testatore a questo riguardo, e quando specialmente la condizione può essere adempiuta durante la vita dell'erede..

La cauzione Muciana è ammessa solamente nelle condizioni potestative negative, nè nelle fonti si trovano esempi di tali cauzioni in altre condizioni (2).

Però, se risultasse chiaro la volontà del testatore di voler sottomettere l'onorato ad una condizione potestativa negativa, mentre la si esprime in forma positiva, anche qui dev'essere preferita la volontà alla espressione, p. e., se si fosse rilasciato un legato sotto la condizione, se il legatario durante la sua vita facesse un determinato atto, non ostante quest'espressione positiva, si farà luogo alla *cautio Muciana*.

L. 101, § 3, *de cond. et demon.* (35, 1) - Socrus nurui fideicommissum ita reliquerat: si cum filio meo in matrimonio perseveraverit; divortio sine culpa viri post mortem socrus facto defecisse conditionem respondi, nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori coeperit nupta, vel maritus; et ideo nec Mucianam cautionem locum habere, quia morte viri conditio possit existere.

**139.** Alcune volte la condizione si ritiene adempiuta, quando anche il fatto che ne formava l'obbietto non siasi avverato. Ciò si ha ne' seguenti casi:

1) Quando colui, che non ha interesse che la condizione si effettui, mette ogni opera per non farla adempire.

L. 161, *de R. I.* (50, 17) - In iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset: quod ad libertatem, et legata, et ad heredum institutiones perducitur; quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, quum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret (3).

2) Quando quegli, in cui vantaggio è posta la condizione, ne impedisce l'adempimento.

L. 24, *de cond. et demon.* (35, 1) - Iure civili receptum est quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset (4).

3) In omaggio alla libertà la condizione è considerata come adempiuta, quando essa è stata ostacolata da un caso fortuito.

L. 94, § 1, *de cond. et demon.* (35, 1) - Ex his verbis: *si heredi*, vel: *si heredi Titio decem dederit*, *liber esto*, non tantum heredi, sed etiam heredis heredi dando pervenit ad libertatem; at si nullus heredi successerit, iure constituto nulli dando ad libertatem perveniet (5).

4) Quando la condizione consiste in ciò che l'erede o il legatario debba compiere una azione in favore di un terzo, e questi rinunzia, la condizione si avrà per adempiuta.

**140.** La cauzione Muciana dev'essere prestata secondo la L. 18, *eod.* - *ad quem iure civili, deficiente conditione, id legatum ea hereditas pertinere potest.*

La generalità di questa regola ha dato campo a molte controversie per stabilire in concreto chi sarebbe colui che avrebbe diritto a domandare la cauzione dall'erede o dal legatario ricordati nel testamento sotto una condizione potestativa negativa.

Non vi è dubbio nel caso quando si è fatto un legato sotto condizione potestativa negativa; perocchè la cauzione è domandata dall'erede a cui cadrebbe la cosa legata in caso di deficienza.

Egualmente non vi è dubbio quando, essendovi più eredi istituiti in un testamento, uno di essi è sottoposto ad una simile condizione, perchè in questo caso è chiaro che la cauzione dev'essere prestata all'altro coerede o agli altri coeredi.

In caso che vi fosse un solo erede istituito sotto condizione potestativa negativa, ed a lui sostituito un altro, è dubbio fra gli scrittori, se il sostituito abbia il dritto di domandare la cauzione Muciana dall'istituito. Alcuni scrittori sulla considerazione che la cauzione debba essere data solo al coerede e non al sostituito, e molto meno agli eredi legittimi, considerano la condizione come non ammessa, dovendosi ritenere impossibile, non essendovi persona a cui prestarla (6).

Questa opinione, però, a ragione non è stata accettata. In effetto il sostituito fa parte integrale del contenuto del testamento; è un istituito sotto condizione, e quindi ha, come qualunque altro istituito, diritto a pretendere la cauzione Muciana; imperocchè, secondo la regola enunciata, a lui cadrebbe la eredità in caso di deficienza della condizione.

Molto più controverso è il caso quando l'*heres ex asse* è istituito sotto la condizione potestativa negativa; in tal caso l'erede solo istituito deve prestare cauzione agli eredi legittimi?

Alcuni, sempre interpretando alla lettera la regola innanzi citata, considerando che agli eredi *ab intestato* cadrebbe la eredità in caso di deficienza della condizione potestativa negativa, conchiudono che gli eredi *ab intestato* abbiano il diritto di pretendere dall'unico erede istituito la cauzione (7).

Altri al contrario opinano che nel caso supposto, non essendo a chi dare cauzione, la condizione potestativa negativa dev'essere considerata come non ammessa, perchè impossibile. Gli eredi *ab intestato* finchè dura

(1) L. 72, pr. *de cond. et demon.* - Quum tale legatum esset relictum: Titiae, si a liberis non discesserit, negaverunt, eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit exsistere; sed displicuit sententia, non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendae cautionis interpretatio debuit. Vedi anche § 1 della stessa legge.

(2) Vedi in contrario Fein, *De herede suo sub cond. inst.*, Gottingae 1777, § 39, pag. 56. Büchner, *De usu caut. Muc. ad solas liberalit. sub cond. negat. non restringenda*, Giessen 1789.

(3) L. 81, *de cond. et demon.* (35, 1); L. 85, § 7, *de verb. obl.* (45, 1); L. 50, *de contr. emt.* (18, 1); L. 38, *de statul.* (40, 7).

(4) L. 14, 31, 78, *eod.* (35, 1); L. 11, 23, *de cond. inst.* (28, 7); L. 5, § 5, *quando dies* (36, 2).

(5) L. 3, § 8, 10, 11; L. 4, § 5; L. 20, § 3; L. 28, pr. *de statulib.* (40, 7).

(6) Donello, *Com. iur. civ.*, lib. 8, cap. 33, § 21. Thibaut, § 954.

(7) Arndts, *Beiträge zu verschiedenen Lehre des Civilr.*, Bonn 1837, pag. 183. Idem, *in Rechtslexicon*, III, pag. 931. Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 195, ss. Sintenis, *Civilr.*, III, § 173, 29. Puchta, § 475, nota *q*. Tewes, I, pag. 239. Windscheid, § 554, nota 8, etc.

la *delatio testamentaria* non avrebbero qualità giuridica, quindi non esisterebbero in diritto; epperciò è inammissibile di conceder loro un diritto per una qualità che non hanno (1).

Delle diverse opinioni testè rilevate pare più ragionevole quella che considera, nel caso che nel testamento fosse istituito un solo erede sotto la condizione potestativa negativa, la condizione impossibile per non esservi persona cui prestare la cauzione.

Certo chi si vorrà attenere volgarmente al principio che la cauzione dev'esser data a colui cui cadrà la eredità in caso di deficienza della condizione, non potrà escludere gli eredi *ab intestato* dal diritto di domandare la cauzione. Dico *volgarmente*, perchè per questo risultato bisognerebbe prescindere dalla qualità giuridica delle persone che domandano la cauzione. In questo modo, nel caso che non esistessero i possibili eredi *ab intestato*, la cauzione Muciana dal solo erede istituito dovrebbe esser data al fisco, perchè è a lui che cadrebbe in questa ipotesi la eredità in caso di deficienza di condizione.

A questa conclusione non è pervenuto nessuno, anzi qualche scrittore ha creduto che la condizione dovrebbe essere considerata come impossibile, appunto quando non si trovassero eredi *ab intestato*, come avremo occasione di vedere più giù.

Chi però volesse vedere nella persona avente dritto a domandare la cauzione Muciana, una qualità giuridica, non può non escludere gli eredi *ab intestato;* imperochè, fino a tanto che dura la *delatio testamentaria*, e tale è quella che nasce dal testamento in cui è istituito un unico erede, indipendentemente se sotto condizione o puramente e semplicemente, nessuno può arrogarsi la qualità di erede *ab intestato*, il quale può certo esistere in potenza, ma in diritto concretamente non vi ha erede *ab intestato* nella esistenza del testamento.

*Quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur* (2).

La opinione a cui accediamo risulta stabilita in due leggi. Nell'una Ulpiano così si esprime:

L. 4, § 1, *de cond. inst.* (28, 7) - Idem Iulianus scribit, eum, qui, ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem; ceterum, si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri, quae sententia vera est.

Nell'altra lo stesso Ulpiano conferma il medesimo principio nella

L. 7, § 1, *de cond. et demon.* - Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: si dotem, quam ei promisi, neque petierit, neque exegerit, denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto facere dotem, vel cavere, et ita adire posse hereditatem. Sed si ex asse sit institutus maritus sub ea conditione, quoniam non est, cui caveat, non impediri eum quominus adeat hereditatem; nam iure ipso videtur impleta conditio, eo quod non est quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem.

I sostenitori della contraria opinione non hanno mancato di interpretare queste due leggi in modo da accordarle colla loro. Ma chi guarda l'argomento scevro di qualunque pregiudizio la lettura semplice di questi due documenti lo convince di una verità che si presenta di per sè chiara abbastanza; cioè che, essendo istituito nel testamento un solo erede sotto condizione potestativa negativa, non essendovi a chi prestare la cauzione, essa dev'essere considerata impossibile, mentre, se insieme all'istituito *sub conditione* vi fosse istituito un altro, la cauzione dev'essere prestata al coerede.

Gli sforzi per accordare il secondo testo con la opinione contraria non sono stati moltissimi, perchè il testo a prima vista si presta ad una interpretazione, che mena alla impossibilità dell'adempimento della condizione per una circostanza diversa da quella da noi sostenuta, cioè a dire la esclusione degli eredi *ab intestato*. In effetto la impossibilità dell'adempimento, si dice, avviene perchè, dopo l'accettazione dell'eredità dal marito, la condizione è necessariamente adempiuta essendo il credito del marito estinto per confusione. Ed in fatto ciò è vero; però si dimentica che questo risultato si avvera dopo l'accettazione dell'eredità, ma per accettarla è mestieri che la condizione fosse adempiuta prima; ond'è che l'adempimento di essa, e quindi la prestazione della cauzione, sarebbe stata necessaria per adire la eredità. Se questo da Ulpiano è ritenuto impossibile, ciò non lo è per la confusione del credito del marito, ma per la ragione che non vi era a chi prestare cauzione.

Ciò ci vien confermato da un'altra legge di Labeone. È lo stesso caso della L. 7, § 1° citata in cui Labeone distingue se il marito è iscritto erede dalla moglie insieme ad altri eredi, ed allora adempia all'obbligo suo con l'accettilazione; se poi è istituito solo, la condizione sarà considerata impossibile, evidentemente perchè in tal caso non c'era nessuno cui dare la cauzione.

L. 20, *de cond. inst.* (28, 7) - Mulier, quae viro suo ex dotpromissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat si eam pecuniam, quam doti promisisset, neque petiisset, neque exegisset, puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus, per se non stare, quominus acceptum faceret id, quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. Quod si solus heres institutus esset in tali conditione, nihilominus puto, statim eum heredem futurum, quia ἀδύνατος (impossibilis) conditio pro non scripta accipienda est.

Le prove per accordare il primo testo riferito, cioè L. 4, § 1, *de cond. inst.*, sono state molte e difficili; naturalmente perchè il testo medesimo è troppo chiaro per non ammettere un'opinione diversa da quella che sosteniamo.

Ed in fatto i fautori della dottrina contraria non si accordano facilmente sulla interpretazione di questa legge, mentre dal nostro punto di vista è chiaro che se nel testamento vi sono due eredi istituiti dei quali uno sotto condizione potestativa negativa, la cauzione Muciana dev'essere prestata al coerede. — *Caventem coheredi implere conditionem.* — Se poi è uno solo l'istituito sotto condizione, — *sub impossibili conditione heredem institutum videri.* — Al contrario i sistemi di interpretazione dei fautori della opinione avversa sono tanti e così diversi, che basta questo solo fatto per convincersi ch'essi non sono sulla retta via, perchè per sostenere la opinione loro sono costretti a rendere di difficile interpretazione una legge per sè chiarissima.

(1) Armaya, *Observation.*, II, cap. 11, § 36. Bachovius, *Ad Treutler.*, III, diss. 13, thes. 6. Zimmern, *De cautione Muciana*, Heidel 1818. Rosshirt, *Verm.*, I, pag. 882. Fabricius, *Ursprung der bonorum possessio*, pag. 65. Vangerow, op. cit., § 435, nota 3, pag. 127. Vering, *Com. ad L. 4, § 1, de hered. inst.*, Heidel 1846.

(2) L. 39, *de acq. vel omit. hered.* (29, 2).

Bartolo e Voet (1) suppongono che Ulpiano parli di un caso in cui non vi sono eredi *ab intestato*. — Altri credono che in quel testo con la clausola: *si servum hereditarium non alienaverit*, vi fosse una proibizione alla alienazione, e perciò in conformità della L. 114, § 14, *de legat.* (30), in cui per rescritto di Severo ed Antonino, la proibizione di alienare è ritenuta come non messa, quando non è detto in favore di chi è posta, credono che nella legge in questione, essendovi due eredi, l'altro coerede può essere ritenuto per la persona, in favore della quale è messa la proibizione; mentre, se vi fosse un solo erede, non essendovi persona che abbia interesse, la proibizione di alienare è considerata come nulla (2).

Il Cuiacio mette tutta la sua argomentazione sulle parole *servus hereditarius* ed afferma che sotto questo nome debba intendersi un servo della eredità giacente; ora un erede *ex asse* istituito sotto tale condizione è nella impossibilità di alienare un tale schiavo, perchè non è possibile che avvenga mai un fatto in contrario, non prima di entrare nella eredità, perchè il servo non gli appartiene; non dopo, perchè allora finisce di essere servo ereditario.

Presso a poco è questo il sistema del Faber, del Mühlenbruch, dell'Arndts (3). Questi scrittori affermano che la impossibilità della condizione avviene per la speciale natura di essa — *Si servum hereditarium non alienaverit*. — Perocchè in essa un adempimento della condizione, secondo la intenzione del testatore, può avverarsi solo dopo l'acquisto della eredità: prima di esso un fatto in contrario non sarebbe possibile, non potendo, chi non è ancora erede, alienare un servo ereditario. Ora se l'istituito non può diventare erede prima dello adempimento della condizione, questa *conditionis natura* è il vero motivo, perchè il solo erede istituito sotto condizione potestativa negativa non sia obbligato a dare cauzione; e per questa ragione ancora da quel testo non si può ricavare una regola generale per la dottrina della cauzione Muciana; invece se la condizione fosse stata espressa in queste parole: *si servum suum non alienaverit*, l'erede *ex asse* avrebbe dovuto prestare la cauzione agli eredi *ab intestato*.

Tutti questi modi diversi d'interpretazione poggiano sopra induzioni e presupposti più o meno arbitrari; basterebbe la molteplicità e la diversità di questi sistemi per giudicare che a volere ammettere l'opinione contraria non si è sicuri della intelligenza dei due testi surriferiti. L'ultimo modo d'interpretazione, quello del Faber, che, pure forse è il più seducente, si mostra debolissimo, quando si consideri che, se la impossibilità della condizione dipende non da altro che dalla originalità e nel modo come è concepita: *si servum hereditarium non alienaverit*, tale specialità dovrebbe rendere la condizione impossibile sempre, tanto nel caso che si tratti di uno erede istituito, tanto se siano più, perchè, anche in questo caso, la condizione dovrebbe essere di sua natura impossibile. In vero da questo punto di vista non si spiegherebbe perchè Ulpiano, nel caso fossero più eredi istituiti, decide la cauzione essere dovuta all'altro coerede. Cessa forse la originalità della condizione nel caso che gli eredi fossero due?

(1) *Ad tit. de cond. et demon.*, § 7.

(2) Van der Vater, *Obser. iur.*, 1, 4. Böcking, *Pand.*, II, § 158, nota 27.

(3) Ant. Faber, *Coniect.*, II, 14. Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 201. Arndts, op. cit.

La Nov. 22, cap. 44, tratta è vero di un caso speciale in cui, quando è imposta la *conditio viduitatis*, l'istituito sotto questa condizione deve prestare cauzione agli eredi *ab intestato*, ma questa è una determinazione speciale che non possiamo estendere a tutti i casi (4).

## § 38. — *Degli effetti della condizione.*

141. Come si determinano gli effetti della condizione; *conditio pendet; conditio deficit; conditio extet.* — 142. Relativamente ai legati condizionali la condizione non produce effetto retroattivo.

**141.** Gli effetti della condizione si determinano da tre momenti, la condizione o pende, o *deficit*, o finalmente è adempiuta.

1) Finchè la *conditio pendet*, vi ha uno stato di indecisione, ogni effetto che si vuol raggiungere fino all'adempimento della condizione è sospeso. Quindi la eredità non può essere ancora delata; la *delatio* si avvera quando la condizione è adempiuta. Così ancora il *dies legati* sotto condizione *non venit*, finchè la condizione pende.

Come conseguenza di questa regola si ha che, se l'istituito sotto condizione muore mentre questa pende, la delazione non avviene più e cade con essa la istituzione, i suoi eredi sono assolutamente esclusi. Lo stesso si dica dei legati.

L. 59, pr. *de cond. et demon.* (35, 1) - Intercidit legatum, si ea persona decesserit, cui legatum est sub conditione.

Quanto alle cose della eredità o del legato *pendente conditione* si ha:

1°) Che le cose legate appartengono all'erede, il quale ne ha ancora il godimento dei frutti senza bisogno di darne conto.

L. 1, C. *de usur. et fruct.* (6, 47) - Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est. Sed et fructus rerum et mercedes servorum, qui ex testamento debentur, similiter praestari solent.

2) Quando è la eredità sottoposta a condizione, allora pendente condizione si ha la eredità giacente; nè è possibile che i beni ereditari si diano agli eredi *ab intestato*. Questi non hanno la qualità di eredi, se non quando è certo che non vi potrà essere la eredità testamentaria, per cui la massa dei beni ereditari è considerata fino ad un certo punto come una personalità giuridica, e quindi si nomina un curatore (5).

Però in pendenza della condizione l'erede istituito può domandare al Pretore il possesso dei beni secondo il testamento, *bonorum possessio secundum tabulas*, dando cauzione fideiussoria che, se la condizione non si avvera, egli restituirà i beni ereditari con tutti i frutti raccolti in pendenza della condizione.

L. 12, *qui satisd. cogan.* (2, 8) - Inter omnes convenit, heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et si defecerit conditio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse, et si obtinuerit, committi stipulationem; et plerumque ipse Praetor et ante conditionem existentem, et ante diem petitionis venientem, ex causa iubere solet stipulationem interponi (6).

(4) Vangerow, § 635, nota 3.

(5) L. 23, § 2-3, *de hered. inst.* (28, 5).

(6) L. 8, *de stipulat. praet.* (46, 5); L. 23, pr. *de hered. inst.* (28, 5); L. 6 e 15, *de bon. poss. secundum tab.* (37, 11).

Anche la cosa legata *pendente conditione* può essere trasmessa nel possesso del legatario interinalmente per mezzo della *cautio legatorum servandorum.*

2) Se la condizione è deficiente, la disposizione condizionata si annulla in modo come se non fosse mai stata fatta, p. e., se si tratta di eredità condizionata, deficiente la condizione la eredità si devolve *ab intestato*, come il testamento non fosse stato mai fatto.

L. 33, § 3, *de cond. et dem.* (35, 1) - Si quis legaverit rem ita: *si mortis tempore eius erit*, nec tunc eius invenitur, nec aestimatio eius legari videbitur.

L. 19, § 3, *eod.* - Si a Primo ita legatum est: si Secundus heres non erit, viginti Titio dato, simili modo a Secundo eidem Titio ita legatum est: si Primus heres non erit, et ambo heredes extiterint, legati conditio deficiet; si alter heres non extitit, legatum debebitur.

3) Se la condizione si avvera, bisogna distinguere l'eredità dal legato.

Relativamente alla eredità, dato che l'erede *sub conditione* viva al momento che essa si avvera, entra nella eredità come se fosse entrato fin dal momento dalla morte del testatore. Ed invero egli acquista la proprietà delle cose ereditarie fin dal momento della morte, ed è da questo punto che si considera avvenuta la confusione del patrimonio dell'erede con quello del defunto.

L. 193, *de R. I.* (50, 17) - Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent.

**142.** Relativamente poi ai legati sotto condizione, l'adempimento della medesima non produce effetto retroattivo. E perciò, se si tratta di cose speciali, il legatario diventa proprietario dal momento dell'adempimento della condizione, e quindi è ritenuto che egli non è stato mai proprietario nel tempo della pendenza della condizione. Questo principio della nessuna retroattività della condizione relativamente ai legati era riconosciuto dalla scuola Sabiniana come ci vien riferito da Gaio.

Gai, *Inst.*, II, 200 - Illud quaeritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est, pendente conditione cuius sit: nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo, quod sine conditione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

Dunque la proprietà della cosa legata appartiene all'erede pendente condizione; certo, questa proprietà non è piena, è un *dominium* revocabile e va soggetto naturalmente alle limitazioni di un tale dominio.

L. 1, § 4, *de SC. Silan.* (29, 5) - Servi appellatione etiam hi continentur qui sub conditione legati sunt; nam medio tempore heredis sunt, nec, quod conditio existens efficit, ut desinant esse heredis, facit, ne videantur interim eius esse.

Come conseguenza di questo principio l'erede durante la condizione acquista sulla cosa legata tutti i diritti del proprietario, così i frutti percepiti in questo tempo divengono suoi, nè è obbligato a restituirli avvenuta la condizione; così ancora, se la cosa è danneggiata, egli acquista l'azione *legis Aquiliae* o la *condictio furtiva;* così ancora durante la pendenza della condizione l'erede può acquistare un diritto di servitù in favore della cosa, il quale diritto vi rimane anche per il legatario avvenuta la condizione (1).

L'erede può spingersi anche a prendere disposizioni sulla cosa legata, p. e., costituire una servitù passiva, gravare la cosa di pegno o d'ipoteca, i quali pesi resterebbero salvi pendente la condizione e si estinguerebbero dal momento dell'avvenimento di essa, ritenendosi esistenti e giustificati nel tempo intermedio.

L. 16, *quib. mod. usufr. am.* (7, 4) - Si sub conditione mihi legatus sit ususfructus, medio tempore sit penes heredem: potest heres usumfructum alii legare; quae res facit, ut, si conditio extiterit mei legati, ususfructus ab herede relictus finiatur (2).

Non sono possibili quelle alienazioni le quali non possono essere più revocate, p. e., se si manomettesse uno schiavo dopo avvenuta la condizione, il liberto non può essere rimesso in ischiavitù, ed è perciò che egli non può manometterlo.

L. 11, *de manumiss.* (40, 1) - Servum, qui sub conditione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit.

Così ancora non si può del fondo legato farne un luogo religioso.

L. 34, *de religiosis* (11, 7) - Si locus sub conditione legatus sit, interim heres inferendo mortum non facit locum religiosum (3).

Lo stesso si dica se l'oggetto del legato è un diritto di obbligazione. Pendente condizione il legatario non è mai ritenuto come creditore, incomincia ad esserlo dall'avvenimento della condizione.

L. 42, pr. *de obl. et act.* (44, 7) - Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione creditorem esse.

Con tutto ciò non si deve ritenere che il legatario pendente la condizione sia completamente estraneo alla sua obbligazione; per lui la obbligazione legata è sempre una obbligazione futura, quindi egli può farsi dare una garanzia per essa, sia reale come una ipoteca o un pegno, sia fideiussoria.

L. 9, § 2, *qui potior in pignore* (20, 4) - Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum extitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit (4).

E perciò quella obbligazione sotto condizione può essere rinnovata.

L. 8, § 1, *de novat.* (46, 2) - Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam et alias qui in diem stipuletur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit.

Per l'applicazione di questo principio della non retroattività è ritenuto dal diritto positivo che:

(1) L. 11, § 1, *quemad. serv. am.* (8, 6); L. 12, § 5, *de usufr.* (7, 1).

(2) Vedi anche L. 11, § 1, *quemad. serv. amit.* (8, 6); L. 13, § 1, *de pig.* (50, 1); L. 105, *de cond. et demon.* (35, 1).

(3) L. 105, *in fin. de cond. et demon.;* L. 29, § 1, *qui et a quibus* (40, 9).

(4) Vedi anche L. 5, *de pignoribus;* L. 13, § 8, *de accept.* (46, 4).

**1) Durante la condizione in un legato di obbligazione non si concede al creditore legatario *l'actio Pauliana*, come la si concederebbe al creditore contrattuale anche *sub conditione*.**

L. 27, pr. *qui et a quib.* (40, 9) - In fraudem creditorum manumittitur, liberque esse prohibetur, sive dies solvendae pecuniae iam cessit, sive in diem vel sub conditione sit debitum. Diversa causa est legati sub conditione relicti; nam antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habebitur.

2) Quando il legatario è *alieni iuris*, ma pendente la condizione addiviene *sui iuris*, acquista egli stesso il legato.

L. 14, § 3, *quando dies legat.* (36, 2) - Si dies legati cesserit, deinde legatarius in ius alienum pervenit, ipsi potius debetur legatum, in cuius ipse ius pervenit; transeunt enim cum eo, quae ei debebantur. Sed si sub conditione fuerit legatum, non transit, sed expectabit conditionem, eique acquiretur, cuius iuris erit conditionis existentis tempore; quodsi sui iuris fuerit eo tempore, sibi potius acquiret (1).

## § 39. — *Del termine e del modo ne' testamenti.*

Bibliografia.

Savigny, *Syst.*, III, pag. 226. — Mühlenbruch *in Glück*, vol. XLI, pag. 268, ss.

143. Del *dies certus* e *dies incertus*. — 144. Il *dies certus* nelle istituzioni di erede è considerato come non apposto; ha pieno effetto nei legati. — 145. Del *dies incertus*; esso è validamente apposto; dubbi degl' interpreti sul *dies incertus* — 146. *De modo*; effetti del *modo*; *quid* in caso di dubbio se una modalità sia modo o condizione; contenuto dalla obbligazione nascente del modo. — 147. Chi ha il diritto di costringere l'erede o il legatario ad adempiere al modo; se il modo è aggiunto al legatario; se è aggiunto all'erede.

**143.** 1) Un'altra modalità che si può aggiungere nel testamento è il *dies*. Però è a distinguere il *dies certus* dal *dies incertus*.

**144.** Nelle disposizioni testamentarie che costituiscono istituzioni di eredi il *dies certus*, tanto nella sua forma *a quo*, come *ad quem*, non è ammesso; perocchè, rappresentando l'erede la personalità del defunto, tale rappresentanza deve essere continua e non può concepirsi interrotta. In vero l'effetto del *dies certus* non è, come nella condizione, riferibile retroattivamente alla morte del testatore, e dovendosi acquistare l'eredità dal momento della evenienza del giorno, vi sarebbe una interruzione dalla morte del testatore all'entrare dell'erede nella eredità. Similmente, se si trattasse di un *dies ad quem*, l'erede acquisterebbe immediatamente l'eredità, la perderebbe alla evenienza del giorno, e ciò si oppone alla massima: *semel heres semper heres*. Ond'è che il *dies certus* apposto alla istituzione di erede è riputato come non messo.

*Inst.*, § 9, *de hered. inst.* (2, 14) - Heres et pure et sub conditione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, *veluti post quinquennium quam moriar*, vel *ex calendis illis*, vel *usque ad calendas illas heres esto*: denique adiectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

L. 34, *de hered. inst.* (28, 5) - Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio.

Il *dies certus* ha però pieno effetto nei legati; perocchè il legato, essendo una disposizione a titolo particolare, non offende alcuna regola fondamentale del diritto successorio, se il legatario acquista il diritto al legato, o lo perde alla evenienza del *dies*.

L. 213, *de verb. sig.* (50, 16) - Cedere diem significat incipere debere pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti potest.

**145.** Il *dies incertus* è sempre bene apposto tanto all'istituzione di erede, quanto ai legati. Esso vale come la condizione.

L. 75, *de cond. et demonstr.* (35, 1) - Dies incertus conditionem in testamento facit.

Tra gli scrittori però è dubbio, quando il *dies* sia *incertus*. Il Vinnio osserva che allora si può dire *dies incertus*, quando il fatto può o no avvenire in un determinato tempo, come se si dicesse *decem illi dato, quum uxorem duxerit*, e non quando l'avvenimento devesi *necessariamente* verificare, pur non sapendosene il quando, p. e., *dabis quum moriar*, *vel morieris*.

Ciò però è inesatto, perchè l'esempio apportato dal Vinnio come *dies incertus*, non è *dies*, ma una vera e pura condizione. In tutti i casi in cui il *dies* è certo che avverrà, ma incerto quando, è sempre *dies incertus* e vale nei testamenti come condizione. In un sol caso il *dies incertus* non rende condizionale la disposizione, ed è quando si dice: *quum petiero centum dabis?* Queste parole debbono interpretarsi nel senso che il *promittente* sia tenuto a pagare prontamente ad ogni richiesta, e non sotto la condizione di essere prima interpellato, in modo da rimaner liberato, quando l'*adstipulator* gli premuoia senza il chiesto pagamento (2).

**146.** 2) Le disposizioni testamentarie possono essere fatte anche *sub modo;* cioè alla disposizione medesima può essere dal testatore ingiunto l'onere di adoperare tutto o parte di ciò che dà con la disposizione per un determinato scopo, ovvero di dare ad un terzo tal cosa senza che questi ne avesse diritto.

L. 17, § 4, *de cond. et demon.* - Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur.

Il modo, a differenza della condizione, non sospende la validità della disposizione, anzi la presuppone già stabilita validamente ed indipendentemente dall'adempimento del fatto che forma l'oggetto del modo; in guisa che, anche questo non sia adempiuto, la disposizione non sarà nulla, come lo sarebbe se invece fosse una condizione.

Qualche volta è dubbio se una modalità aggiunta sia una *conditio* o un *modus*. In generale queste due specie di modalità nelle fonti vengono distinte con alcune particelle con le quali essa modalità è espressa, p. e., la condizione viene per lo più determinata colla particella *si*, e il *modus* colla particella *ut*.

L. 80, *de cond. et demon.* (35, 1) - ..... nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: *si monumentum fecerit*, et eum, cui datum est: *ut monumentum faciat*.

Però questo non è un criterio molto sicuro. In un sol caso il modo è rassomigliato ad una condizione, come ce lo dimostra la

(1) Confr. L. 5, § 7, *eod.*; L. 1, § 20; L. 2, 3, *ut legator.* (36, 3); L. 23, *de pignor.* (20, 1); L. 18, *de R. I.* (50, 17). Vedi Vangerow, § 436, nota II. Fitting, *Arch. f. civil. Praxis*, XXXIX, pag. 59.

(2) Vedi Vinnio, *Comm. ad inst. de hered. inst.*

L. 8, § 6, *de cond. inst.* (28, 7) - Quoties heres iurare iubetur daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat iussus iurare.

Per altro il modo, sebbene si distingua dalla condizione e non sospenda la disposizione, pure crea una obbligazione nell'onerato di adempiere cioè all'incarico impostogli.

L. 9, C. *de donat.* (8, 54) - Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non incerto iudicio, id est praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.

L'obbligato per mezzo del modo è tenuto, quando riceve il legato o la eredità, a prestare cauzione in garanzia dell'adempimento.

L. 19, *de legat.* (32) - Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi facturum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt (1).

**147.** Quanto all'adempimento per stabilire chi abbia il diritto a costringere l'erede o il legatario *sub modo*, è a distinguere diversi casi:

1) Se il modo è stabilito esclusivamente in favore dell'onerato stesso, per cui nessuno oltre di lui ha interesse, allora si riterrà come un *nudum præceptum*.

L. 71, pr. *de cond. et demon.* (35, 1) - Titio centum: *ita ut fundum emat*, legata sunt; non esse cogendum Titium cavere, Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est; atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur.

2) Se il modo è stabilito in favore di un terzo, si ha un vero legato, e quindi colui in cui favore l'erede deve dar qualche cosa, avrà tutti i mezzi concessi al legatario per ottenere il legato.

L. 2, C. *de his, quae sub modo* (6, 45) - Ex his verbis: *Titio decem millia, vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his vel eandem insulam Maevio restituat*, licet antea neque legati, neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a Divo Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in conditionibus post exitum earum.

3) Se il modo è stabilito in vantaggio pubblico, è concesso allo Stato, alla città, in favore di cui è costituito un'azione per costringere l'istituito e il legatario all'adempimento.

Nel caso non vi sia propriamente un vantaggio pecuniario, ma un semplice interesse d'onore, od altro, bisogna distinguere:

1) Se il modo è aggiunto ad un legato, l'erede può indirettamente costringere il legatario all'adempimento col ritenere la cosa legata fino a tanto che non presta cauzione per l'adempimento. (Vedi sopra L. 19, *de legatis*).

2) Se il modo è stato aggiunto ad una istituzione di erede, p. e., *ut monumentum faciat*, il modo si può far valere per mezzo dell'*actio familiæ erciscundæ*.

L. 18, § 2, *famil. ercisc.* (10, 2) - ..... Sed et, quum monumentum iussit testor fieri, familiae erciscundae agent.

Se invece l'erede a cui fu imposto il modo fosse *ex asse*, in vero non vi sarebbe modo di fare adempiere l'obbligo dato, però l'autorità vi può indirettamente influire, negando i mezzi per far valere il suo diritto ereditario.

L. 50, § 1, *de heredit. petit.* (5, 3) - Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumtus, vel quantum testator iusserit, non excedat — eum, cui aufertur hereditas impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

Qualche volta, specialmente quando il modo è aggiunto ad un legatario, si può esperimentare la *condictio causa data causa non secuta*, perchè il legato da parte dell'erede è dato per una causa futura, la quale se non segue, si ha il diritto di ripetere quello che si è dato.

L. 17, *de usu et usufr. leg.* (33, 2) - Quidam praedia Reipublicae legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, et adiecit: quae legat peto decuriones, et rogo, ne in aliam speciem, aut alios usus convertere velitis; Respublica per quadriennium continuum ludos non edidit; quaero, an reditus, quos quadriennio Respublica percepit, heredibus restituere debeat, vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento? Respondi, et invitis heredibus possessione apprehensa perceptos fructus restituendos esse, et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia, quae deberentur compensari.

## § 40. — *Della istituzione di erede.*

### Bibliografia.

I., *Inst. de heredibus instituendis* (2, 14). — D. *de hered. instit.* (28, 5). — C. *de hered. instit. et quae personae heredes institui non possunt* (6, 24). — C. *de necessariis servis heredibus instit. vel substit.* (6, 27).

Mantica, *De coniectur. ult. volunt.*, lib. II, n. 2. — Faber, *De Error. Pragm.*, dec. 26, num. 1-6. — Boehmer, *Exercit. ad Pand.*, I, exerc. 4. — Löhr, *Ueber die institutio ex re certa*, *Zeitschr. f. Civil. u. P.*, XIX, n. 3. — Schrader, *Auslegung des letz. Willen. etc. Civil. Abhandlungen*, n. 4. — Volkmann, *De herede ex re certa scripto*, Lipsiae 1827. — Neuner, *De heredis institutio ex re certa*, Giessen 1853. — Schwing, *Der her. inst. in re certa*, Stralsund 1875. — Padelletti G., *Della istituzione dell'erede in un singolo oggetto della eredità. Arch. Giur.*, IV, 139, 144. — Pampaloni, *Studi sulla istituzione di erede nel diritto romano ed odierno*, Siena 1888. — Arndts, *Pand.*, § 193. — Lo stesso, *Rechtslexicon*, III, pag. 918-927. — Idem *in Glück*, XLVII, pag. 411, ss. — Mühlenbruch *in Glück*, XL, pag. 109. — Vangerow, *P.*, § 449. — Vindscheid, III, § 547, ss.



**148.** La istituzione di erede è la parte sostanziale del testamento, essa appartiene alla forma interna di

(1) L. 21, § 3, *in fl. de annuis legatis* (33, 1).

esso. Senza la istituzione di erede non vi è testamento — *Nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet* (1). Se non v'ha istituzione di erede, o quella che vi è, è nulla, è nullo il testamento anche nelle istituzioni secondarie come i legati ed i fedecommessi.

**149.** La forma della istituzione era nel diritto antico rigorosa. Innanzi tutto con essa doveva cominciare il testamento, onde fu detta *caput et fundamentum testamenti*. Tutto quello ch'era scritto innanzi alla istituzione di erede, era del tutto nullo.

Gai, *Inst.*, II, 229 - Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio (2).

Giustiniano però tolse questo rigore e stabilì che anche prima della istituzione di erede potevano esser fatti legati e fedecommessi.

§ 34, *Inst. de legat.* (2, 20) - Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem (3) et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem, cuius usus favorabilior est.

Non meno rigorosa era la forma sacramentale in cui l'erede doveva essere istituito. Imperocchè la forma solenne era la seguente: *Titius heres esto:* era accettata ancora quest'altra in un modo imperativo: *Titium heredem esse iubeo.* Invece altre espressioni o formole non erano accettate come valide, p. e.: *Titium heredem instituo; heredem esse volo; heredem facio.*

Ulp., *Fragm.*, XXI - Heredes recte institui potest, is verbis: Titius heres esto: Titius heres sit: Titium heredem esse iubeo: Illa autem institutio, heredem instituo; heredem facio plerisque improbata est (4).

Anche questo cessa con la costituzione di Costantino, il quale diede alla espressione della volontà, anche quando si trattava della istituzione di erede, la maggiore libertà e larghezza, purchè fosse chiaramente espressa; non importa poi quale forma il testatore avesse dato alla istituzione di erede.

L. 15, C. *de testament.* (6, 23) - Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum placuit ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis. Nec enim interest, si dicatur: heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit, sed quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, quibuscumque verbis uti, liberam habeant facultatem.

È questione tra gl'interpreti se nella latitudine data al testatore quanto alla forma d'istituzione, se sia sufficiente alla istituzione di far intendere in modo qualunque chi sia l'erede istituito. Di qui sorse quella regola: *in conditione positus non est in dispositione*, tratta dalla

L. 19, *h. t.* - Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt, si quis vacua parte relicta ita istituerit: si mihi Seius heres non erit, quem non istituerat, Sempronius heres esto, an hic occupare possit vacantem portionem. Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contra putat, quia huic pars esset data, quae nulla esset. Quam sententiam et Iavolenus probat, et Pomponius, et Arianus; et hoc iure utimur (5).

Gli antichi interpreti su questo caso, in cui il testatore avesse fatto questa disposizione: Tizio sarà mio erede, e, se muore senza figli, la eredità debb'essere restituita a Sempronio, questionavano se i figli di Tizio dovevano essere considerati come istituiti. Fu risposto affermativamente dal Mantica (6) e negativamente dal Fabro (7).

Tutti gli scrittori moderni sopra i casi pressappoco così espressi: Se Tizio addiviene mio erede, sarà mio erede Caio; ovvero: Se il mio figlio Tizio muore prima di me, Caio sarà mio erede; ovvero anche: istituisco erede Tizio, e se egli manca all'eredità, Sempronio sarà mio erede, sono tutti quasi concordi che Tizio non debba essere considerato come erede istituito per la nota massima innanzi riferita (8).

Questa dottrina si può dire generale, e coloro, che ne discutono, l'ammettono in tutta la sua estensione nel dritto classico vigente fino alla costituzione di Costantino innanzi riprodotta; perchè non è possibile prima di questo tempo concepire una istituzione di erede di questo genere. Ma dopo la costituzione in cui si afferma: *in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio,* non si può esigere una forma d'istituzione, ma tutto deve dipendere dalla interpretazione della volontà del testatore, se da una speciale forma d'istituzione risulti la volontà del testatore di volere per erede anche quello che è posto in condizione. E quindi una questione di fatto, se il quesito debba essere risolto affermativamente o negativamente. E questa ci sembra la opinione più ragionevole secondo il principio nuovo introdotto da Costantino con le surriferite parole. In effetto, se la istituzione è fatta in questo modo, istituisco Tizio mio erede, se Caio non accetta la mia eredità, sarebbe giudicare contro il principio della costituzione di Costantino, che vuole valida la istituzione *in quolibet loquendi genere formata*, non ritenendo Caio come istituito erede. Nè a ciò si oppone la

L. 85, *h. t.* - Lucius Titius qui fratrem habebat, testamento ita cavit: Titius frater meus ex asse mihi heres esto; si mihi Titius heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius morietur, quam meam hereditatem adierit, aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, tunc Stichus et Pamphilus servi mei, liberi et heredes mihi aequis partibus sunto; quaero, quum Titius hereditatem adierit, et liberos aditae hereditatis tempore non habuerit, an Stichus et Pamphilus ex substitutione liberi et heredes esse possint; item quaero,

(1) L. 1, § 3, *in fin. de vulg. et pupill. substit.* (28, 6).
(2) Ulp., *Fragm.*, XXIV, 15; L. 1, *h. t.* (28, 5).
(3) L. 24, C. *de testam. et quemadm.* (6, 23).
(4) Gai, *Inst.*, II, 117.
(5) L. 16, § 1, *de vulg. et pupill. substit.* (28, 6).
(6) *De coniectur. ultim. volunt.*, lib. II, cap. 2.
(7) *De Err. Pragm. Dec.*, 26, err. 1-6.
(8) Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 666. Lo stesso in *Gluck*, XL, § 234, ss. Arndts, *Rechtslex.*, III, pag. 918, nota 75. Sintenis, *Pract. Civilr.*, III, § 175, nota 4. Puchta, *Lehrbuch*, § 473.

si ex substitutione neque liberi, neque heredes esse possint, an in partem hereditatis videantur adiecti. Respondit: apparet quidem, non eam mentem testatoris fuisse, ut quemquam heredem adhiberet fratri, quem aperte ex asse heredem instituisset; igitur si frater adiit, Stichus et Pamphilus heredes non erunt, quos eo amplius noluit heredes esse, si frater, priusquam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis; nam prudens consilium testantis animadvertitur, non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis, sed et eius liberos.

Dicevamo che questo testo, in cui il fratello *positus in conditione* vale come erede intestato, non contrasta alla opinione che sosteniamo, imperocchè la questione che facciamo è, se tutto ciò non sia stato modificato dalla costituzione di Costantino (1).

La regola che la istituzione di erede doveva essere fatta nel testamento e non nel codicillo fu sempre mantenuta anche nella legislazione Giustinianea; perchè anche nell'ultimo periodo della storia del dritto romano nel codicillo non potevano essere istituiti che legati e fedecommessi. Solo si poteva in un codicillo nominare un erede, ch'era stato istituito nel testamento. Ciò avveniva nella forma mistica, in cui il testatore istituiva un erede, tacendone il nome e dichiarare che avrebbe designato il nome in un'apposita scheda o codicillo; nè si poteva in un codicillo apporre una condizione ad una istituzione di erede fatta incondizionatamente nel testamento.

L. 77, *h. t.* - Asse toto non distributo ita scriptum est: quem heredem codicillis fecero, heres esto; Titium codicillis heredem instituit; eius quidam institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur. Sed hic tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.

L. 10. pr. *de cond. instit.* (28, 7) - Institutio: talis *si codicillis Seium heredem scripsero, heres esto*; non est inutilis in quovis herede instituto, praeter filium; est enim conditionalis institutio, nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: *cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto*, pari ratione dicendum erit, institutionem valere nullo iure impediente.

La scheda che porta il nome dell'erede deve avere almeno la forma di un codicillo (2).

**150.** Libero è il testatore nel nominare quanti eredi egli credesse.

1) Può su tutto intero il suo patrimonio istituire un solo erede, quindi il nome di tale erede *heres ex asse* (3).

2) Il testatore può nel medesimo tempo istituire più eredi, e, quando non manifesta una contraria volontà determinata, tutti gli eredi istituiti concorrono egualmente sul patrimonio del testatore a porzioni eguali.

L. 9, § 12, *h. t.* (28, 5) - Heredes iuris successores sunt, et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quid si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt (4).

3) Il testatore potrà fare tra gli eredi una distribuzione di parti eguale o ineguale; potrà ancora chiamare gli eredi o disgiuntamente o congiuntamente secondo che crede; nel primo caso gli eredi che sono congiunti in una sola porzione, p. e., *Titius et Caius ex quadrante heredes sunto, Maevius ex semisse heres esto, Sempronius ex quadrante heres esto*, i primi due sono considerati congiunti, e quindi, se uno di essi manca, si fa luogo al dritto di accrescimento in favore dell'altro congiunto.

Questa distribuzione di parti può esser fatta anche tacitamente, quando il testatore chiama i più eredi raggruppandone alcuni in una sola proposizione p. e.: *Titius et Maevius mihi heredes sunto*, *Caius mihi heres esto, Sempronius mihi eres esto;* in questo caso i raggruppati si considerano rispetto gli altri come una sola persona.

Sono quelli che il Donello chiama *coniuncti oratione* (5).

L. 59, § 2, *h. t.* - Titius heres esto, Seius et Maevius heredes sunt, verum est quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur (6).

Lo stesso avviene quando il testatore chiama con un sol nome collettivo alcuni eredi mentre altri separatamente in singole proposizioni; anche in questo caso i chiamati in nome collettivo rispetto agli altri valgono come una sola persona.

L. 13, *h. t.* - Interdum haec adiectio: *aeque heredes sunto*, testatoris voluntatem exprimit, ut puta: *primus et fratris mei filii aeque heredes sunto;* nam haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratris filii, semissem primus haberet (7).

**151.** 4) La istituzione dell'erede in una cosa o in una somma determinata di regola non era ammessa. L'*heres ex re certa* era un controsenso della qualità che il diritto romano attribuisce all'erede, il quale è il successore in *universum ius*, e quindi il testatore non può limitare l'erede alla successione di una cosa determinata.

Se così non fosse si urterebbe in un principio fondamentale delle successioni romane; imperocchè se un tale erede dovesse succedere unicamente nella cosa determinata il resto dovrebbe esser deferito agli eredi legittimi. Ciò che non è possibile per la nota massima:

(1) Vindscheid, *Pand.*, III, § 546, nota 11. Vangerow, *Pand.*, II. § 449, nota 1. Tewes, I, pag. 253. Vedi anche Cuiaccio, *ad legem, 85, h. t.* Voet, *ad Pand.*, *h. t.*

(2) Tewes, *Syst. des Erbr.*, I, § 41. Vedi in contr. Fein, *in Glück*, 45, pag. 116.

(3) L'asse era il patrimonio del defunto considerato come un tutto in cui si comprende ogni cosa appartenente al patrimonio medesimo. Esso era divisibile, e secondo una unità di misura presso i Romani si divideva in dodici parti ovvero once; inguisachè le frazioni di un asse erano le seguenti: *uncia* rappresentante la dodicesima parte dell'asse, 1/12 — *Sextans*, due once o la sesta parte dell'asse, 1/6 — *Quadrans*, quarta parte dell'asse, ovvero tre once, 3/12 — *Triens*, quattro once ovvero la terza parte dell'asse, 4/12 — *Quincunx*, cinque once, 5/12 — *Semis* (*semi-assis*), la metà dell'asse, ovvero sei once, 6/12 — *Septunx*, sette once, 7/12 — *Bes*, che secondo Festo (*de verb. sign.*, Gothofred., *lingua lat.*, pag. 259) significa *bis triens*, cioè due volte la terza parte, e quindi otto once, 8/12 — *Dodrans*, ovvero *demta quadrante*, ossia dall'asse sottratta la quarta parte e quindi nove once, 9/12 — *Deunx*, dieci once, 10/12 — *Deunx*, *demta uncia*, ossia dall'asse sottratta un'oncia, e quindi undici oncie, 11/12. — Finalmente *as*, l'intero. Vedi Volusio Meciano, *Assis distributio item vocabula ac notae partium in rebus pecuniariis* (Huschke, *Iurisprudentia anteiust.*, pag. 330). — Varrone, *De lingua latina*, § 5. *Inst. h. t.* (2, 14).

(4) § 4, 6, *Inst. h. t.* - et unum hominem et plures in infinitum, quot quis velit, heredes facere licet.

(5) Donello, *Comment. iur. civ.*, libro VI, cap. 22.

(6) L. 17, § 4, *in fin. h. t.*

(7) Conf. L. 9, *de vulgari et pupillari subst.* (28, 6); L. 7 *de usufr. accres.* (7, 2). Vedi anche Pampaloni, op. cit. Son anch'io d'accordo con questo scrittore nel combattere la opinione di Unger (*Syst. des öster. privatrecht.*, VI, § 15, not. il quale afferma che il diritto romano non accordi la congiunzione a tali eredi.

*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*

Per questi principii la istituzione di erede in una cosa certa era viziosa, e quindi avrebbe dovuto essere considerata di nessun momento. Però ai Romani ripugnava metter nel nulla una disposizione del testatore, la quale chiaramente faceva intendere di volere l'istituito a suo erede. E perciò, se nel testamento non si trovasse che solo l'istituito *ex re certa*, allo scopo di togliere il vizio si cercò modo di mantenere la disposizione. A questo scopo si faceva astrazione dalla cosa certa, e quindi l'erede valeva come se fosse istituito *ex asse;* onde la massima *detracta rei certae mentione, heres ex asse institutus videtur.*

L. 1, § 4, *h. t.* - Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus valet institutio detracta fundi mentione.

L. 9, § 13, *eod.* - Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur (1).

Secondo l'espressione di quest'ultimo testo non sempre l'erede in una cosa certa profitta di tutta la eredità; perocchè, quando il testatore espressamente o tacitamente manifesta la sua volontà di lasciare il suo patrimonio, esclusa la cosa certa, ad altri, in omaggio al suo volere esso patrimonio dovrà essere dato alla persona designata dal testatore. Egli vale sempre come un istituito *ex asse*, perchè per mantenere in piedi la istituzione deve sempre astrarsi dalla cosa certa; e perciò egli varrà sempre come un erede solo, però assume la qualità di erede fiduciario, per cui nell'accettare la eredità, ritenendo per sè la cosa certa, sarà obbligato di restituire la eredità alle persone designate che varranno come eredi fedecommissari.

Dato il caso che il testatore in un suo secondo testamento avesse istituito una determinata cosa e nello stesso tempo avesse confermato il primo testamento, l'erede del secondo testamento varrà sempre come *heres ex asse*, perchè questo testamento ha sempre annullato il primo. Però, essendo manifesta la intenzione del testatore di lasciare tutto il suo patrimonio, meno la cosa certa, agli eredi istituiti nel primo testamento, questo *heres ex asse* varrà come un erede fiduciario obbligato a restituire tutta quanta la eredità agl'istituiti nel primo testamento. In tale disposizione adunque vi è un tacito fedecommesso.

A questo scopo bisogna che la volontà del testatore sia chiara; perchè, se nel caso proposto egli non avesse confermato il primo testamento, non basta il fatto di un primo testamento per indurre la esistenza di un tacito fedecommesso. Imperocchè in questa seconda ipotesi l'erede istituito in una cosa certa varrà sempre come solo istituito, ovvero erede *ex asse*, e quindi profitta di tutto il patrimonio.

L. 29, *ad Senatuscons. Trebell.* (36, 1) - Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt; cuius constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: *Imperatores Severus et Antonius Cocceo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant propter inserta fideicommissaria verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet.* Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.

Può avvenire ancora che molti eredi siano istituiti in un testamento e questi tutti in una cosa determinata. Anche qui *detracta rei certae mentione* tutti gli eredi devono considerarsi tali astrazione facendo dalla cosa certa, la quale è acquistata da essi come un prelegato, mentre il resto del patrimonio ereditario sarà diviso egualmente tra loro.

L. 11, *h. t.* - Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunt; habebunt duo Titii semissem Attius semissem; idque Proculo placet; quid tibi videtur? respondit, vera est Proculi opinio.

Se poi le parti certe stabilite per molti eredi nell'insieme esauriscono tutto il patrimonio, allora quelle cose certe si ritengono come porzioni ereditarie stabilite dal testatore in una divisione. In conseguenza di che tutti questi eredi devono rispondere agli obblighi in proporzione della loro quota ereditaria (2).

**152.** Si può dare il caso che nel testamento si è istituito un erede in *re certa* insieme con altri istituiti o con parte o senza quote determinate. È molto controverso se in tal caso l'erede *ex re certa* possa essere considerato come un *heres ex asse, detracta rei certae mentione.*

A moltissimi, ed oggi si può dire quasi alla generalità degli interpreti, ripugna di considerare l'istituito in *re certa* quale un *heres ex asse* per la ragione che il resto del patrimonio è già dato dal testatore con formale istituzione ad altri eredi; come ripugna ancora in questo caso di considerare gli altri eredi istituiti come fedecommissari, mentre sono direttamente istituiti dal testatore. In conseguenza di queste considerazioni l'erede istituito in una *re certa* è considerato come un semplice legatario (3).

Altri al contrario lo qualificano vero erede nel modo come lo si è considerato negli altri casi (4).

Una terza opinione collegando le due prime, ritiene un tale erede istituito legatario rispetto ai coeredi, ed erede rispetto ai terzi. In rapporto a questi ultimi l'*heres ex re certa* può esercitare la *hereditatis petitio*, godrebbe del diritto di accrescimento, e in fine potrebbe ridurre i legati per legge Falcidia. Rispetto poi ai coeredi egli stesso è soggetto, come qualunque altro legatario, alla riduzione della quarta Falcidia, nè potrà esercitare contro di essi alcuna azione nascente dalla eredità (5).

(1) L. 11, *eod.;* L. 41, § 8, *in fin. de vulg. et pupill. subst.* (28, 6).

(2) L. 35, pr. § 1, 2, *h. t.;* L. 17, pr. *de testament. milit.* (29, 1).

(3) Glossa, *ad leg.* 35, pr. *de hered. inst.; ad legem 29 ad SC. Trebell.; ad leg.* 1, 13, C. *de hered. inst.* Donelli, *Comment. iur. civ.*, lib. VI, cap. 18, § 18. A. Faber, *De error. Pragm.*, dec. 14, err. 6; dec. 15, err. 5 a 8. Averanii, *Interpret. iur.*, lib. IV, cap. 11, n. 4. Thibaut, § 820. Wening, § 426. Arndts, *in Rechtslex.*, III, pag. 923 e ss. Strippelmann, *Endscheid. Des O. A. G. in Halles*, IV, pag. 135.

(4) Mühlenbruch *in Glück*, vol. 36, pag. 353, nota 93. Francke, *Recht. der Notherben*, § 338. Sintenis, op. cit., III, pag. 417, nota 21.

(5) Leyser, *De herede in re certa instituto*, Virtemb. 1807. Mühlenbruch *in Glück*, vol. 40, § 169, ss.

Ancora una quarta opinione crede che anche in questo caso bisogna tener presente il principio che l'*heres ex re certa institutus* sia viziosamente istituito e perciò si dovrebbe applicare la nota massima *detracta rei certae mentione*, l'erede debba essere considerato istituito *ex asse*. Di qui il caso proposto vien risoluto in questo modo: l'istituito nella cosa certa è riputato erede in tutto l'asse ereditario, ritiene per sè la cosa certa come prelegatario, e restituisce il resto della eredità ai coeredi istituiti.

Questa opinione del Vangerow è stata modificata da lui nella ultima edizione delle sue Pandette, nel senso che nell'ipotesi proposta l'istituito in una cosa certa debba essere considerato come un erede, però non *ex asse*, ma quale erede *sine parte*. Come fondamento razionale di questa opinione servirebbe l'analogia del primo e del secondo caso, specialmente di questo che ritiene i più eredi istituiti in *re certa* come istituiti *sine parte*. Inoltre servirebbe a sostegno di questa opinione la espressione di Ulpiano nella L. 35 pr. *h. t.*: « *dicebam receptum esse, rerum heredem institui posse* » e quella di Scevola nella L. 19, *de lib. et post. hered. instit.* (28, 2) « *Aliam causam esse institutionis quae benigne acciperetur* ». In special modo poi la esattezza della opinione risulterebbe dal rescritto Gordiano nella L. 1, C. *Greg. de fam. herc.*, nel quale si tratta di un caso di concorrenza dell'erede istituito in una singola cosa con altri eredi iscritti con parte, e si esprime con queste parole: *ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset*, e dalla disposizione di Giustiniano nella Nov. 107, cap. 1° e dalla Nov. 115, cap. 5°.

L'erede istituito in questo modo conserva per tutti i rapporti la qualità di erede, e quanto a quello che dovrà conseguire dal patrimonio del testatore, esclusa la cosa certa, che riterrà sempre come un prelegato, dipende da alcune circostanze; quantochè, se gli altri eredi sono istituiti *sine parte*, *l'istitutus ex re certa*, conseguirà una porzione eguale agli altri; se poi gli altri eredi sono istituiti in quote determinate, e queste nell'insieme esauriscono tutto l'asse ereditario, per fare la quota all'*istitutus in re certa*, secondo le regole che diremo in seguito, dell'asse si farà il *dupondium* (1).

Dallo studio fatto sulle fonti, non è dubbio, si ha questo risultato, che, almeno fino alla L. 13, C. *h. t.*, l'erede istituito in una cosa certa non perdeva la qualità di erede per il solo fatto ch'egli era istituito insieme con altri eredi *cum parte et sine parte*.

Il rescritto di Gordiano a Sesto Giovenale lo manifesta non dubbiamente.

Ex re certa heredem institutum sic haberi ac si sine eius rei commemoratione institutus fuisset, sane ufficio familiae erciscundae iudiciis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam aliquis esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum iuris ignorantiam excusare facile non possit, si maior annis hereditate matris tuae renuntiasti, sero prece subvenire tibi desideras.

Il caso che esaminiamo è analogo a quello che si legge nella

L. 69, pr. *de legat.* (31) - Peto Luci Titii, contentus sis centum aureis; fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titii, centum aureis? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, quum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legittimus heres futurus esset, ita loquatur: *peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis* (2).

In entrambi questi casi si ha la istituzione dell'erede, e nel medesimo tempo la limitazione di esso ad una cosa o somma determinata, colla sola differenza che nel caso in questione vi è una istituzione nella cosa certa, e nel caso della L. 69, *de legat.*, la istituzione dell'erede è viziata, ma vi è la espressa volontà del testatore che l'erede sia limitato ad una determinata somma. *Contentus sis centum aureis.*

Il vizio però del caso in esame, secondo il rescritto di Gordiano, vien tolto per la nota massima *detracta rei certae mentione ex re certa heredem institutum sic haberi ac si sine eius rei commemoratione institutus fuisset.* Ond'è che tanto vale il dire: istituisco Tizio in cento aurei, istituisco Caio e Seio, quanto vale il dire istituisco Tizio, istituisco Caio e Seio, ma voglio che Tizio sia contento di cento aurei. In entrambi questi casi l'erede istituito *sine parte* nel primo caso, e *in re certa* nel secondo, sono considerati entrambi come eredi fiduciari. Ed in effetto, se si deve detrarre la menzione della cosa certa, anche l'*istitutus ex re certa* dev'essere considerato come erede istituito *sine parte*, che riceve la sua porzione ereditaria restituendo a titolo di fedecommesso la sua porzione agli altri coeredi, ritenendo per sè i cento aurei. Che questa restituzione si faccia all'estraneo designato, o agli eredi intestati, secondo uno dei casi della L. 69 citata, è indifferente; anche nella concorrenza di altri eredi istituiti con parti o senza parti è chiara la volontà del testatore a chi dovrebbe cadere per fedecommesso la porzione ereditaria di colui che è istituito in una cosa o in un somma certa, o di colui che, pure essendo istituito in parte o senza parte, dev'essere contento della cosa o della somma determinata.

Non è quindi esatto che il motivo di togliere la menzione dalla cosa certa sia stato unicamente un provvedimento per mantenere in piedi il testamento, ed ottemperare così alla volontà del padre di famiglia. E ciò sarebbe il caso quando nel testamento o non vi fosse altro istituito o tutti fossero istituiti in *re certa;* in altri termini, quando il testamento per il vizio della istituzione addiverrebbe *destitutum*. Nel caso poi che l'*heres ex re certa* fosse istituito nel testamento in cui si trovano istituiti altri eredi, non ci sarebbe bisogno di mantenere per lui la qualità di erede, perchè il testamento rimane sempre valido per le istituzioni degli altri eredi. Dicevamo che questo ragionamento non è esatto, perocchè l'erede riceve la sua qualità in virtù della istituzione, ed è stato sempre principio osservato dalla giurisprudenza romana che tutte le volte che la istituzione è viziata, p. e., dall'aggiungere una condizione risolutiva o un *dies certus* e simili, la istituzione è mantenuta in piedi tolto il vizio, indipendentemente se chi fosse istituito in modo vizioso sia l'unico erede nel testamento o sia istituito insieme con altri (3).

(1) Vangerow, § 444, nota 2.
(2) Confr. L. 29, *ad SC. Trebell.* (36, 1); § 3, *inst. quibus mod. test. infirm.* (2, 17).
(3) Vedi Schwing, pag. 73, ss.

Il certo è che tanto nel primo quanto nel secondo caso l'erede è limitato alla cosa determinata. Ora questa limitazione secondo i principî del dritto romano non si può ottenere che mediante l'istituto del fedecommesso, perchè se si dovesse ritenere l'onorato quale legatario, vi sarebbe una manifesta contraddizione tra il carattere di erede a lui concesso, e il nome di legatario che per riflesso della cosa certa a lui si vorrebbe attribuire. Quel modo di vedere del Padelletti, che in fondo è lo stesso di quello sostenuto dal Donello, è improntato molto più al modo di vedere dei pratici, che mettono innanzi tutto in rilievo esclusivamente la volontà del testatore, senza badare ai principii speciali che informano l'istituto romano della successione testamentaria.

Questa questione però è resa più controversa per la

L. 13, C. *h. t.* - Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua istitutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

Questo testo è considerato fondamentale e decisivo per tutti coloro che credono essere l'erede istituito nella nostra ipotesi non altro che un semplice legatario. Giustiniano infatti riunisce in una sola considerazione tanto il caso dell'istituito in *re certa*, quanto quello in cui l'erede regolarmente istituito debba secondo la volontà del testatore esser limitato alla cosa o alla somma certa, e per entrambi i casi vi sono due determinazioni per cui, pare, che tali eredi debbono riputarsi veri legatarî. Imperocchè Giustiniano dice espressamente ch'essi debbono esser ritenuti in luogo di legatarî: *Quos legatariorum loco haberi certum est;* e più ch'essi non possono esercitare le azioni ereditarie che sono concedute a coloro, *qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint.*

La questione però non può essere risoluta nel senso che Giustiniano abbia voluto con questa legge radicalmente modificare il diritto anteriormente stabilito secondo abbiamo riconosciuto antecedentemente.

Anche scrittori, i quali su questa quistione sono disposti ad accettare la opinione d'essere l'*heres ex re certa* da considerarsi come legatario, riconoscono che questa costituzione di Giustiniano sia stata una preventiva disposizione della riforma fatta più tardi relativa ai fedecommessi, in cui stabilì che le azioni ereditarie fossero *ipso iure* trasmesse al fedecommissario secondo il Senatoconsulto Trebelliano, abolendo le regole relative al Senatoconsulto Pegasiano (1).

In questo modo quale fu da Giustiniano determinata la restituzione del fedecommesso è naturale che limitato l'*heres ex re certa* ad una somma o ad una cosa singula, egli invero doveva essere considerato in luogo di legatario. Però non è per questo oziosa l'indagine se, non ostante questa disposizione di Giustiniano, quei tali eredi sotto altri rapporti non debbono essere ritenuti come veri eredi. La Glossa alla L. 35, pr. *de hered. instit.* risponde affermativamente alla quistione: *vel die quod licet obtineat vicem legatarii quoad actiones, tamen vere sunt heredes*, e come prima si era esposta una opinione contraria, Accursio accede a quest'ultima opinione, aggiungendovi queste parole: prima *placet.* — E di vero, indipendentemente dalle azioni che a tale erede come fiduciario mancano, egli è considerato erede negli altri rapporti.

È positivamente riconosciuto che se l'istituito *ex re certa* fosse un erede necessario, tale istituzione varrà come formale obbligo del testatore adempiuto.

*Nov. 115*, cap. 5 - ..... ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

È fatto solo, come si vede, dritto a completare la porzione legittima, se la cosa certa fosse al disotto di questa porzione. Al contrario, se un tale erede dev'essere considerato esclusivamente come legatario, non si saprebbe spiegare come per lui fosse ritenuto adempiuto l'obbligo formale della istituzione.

Per essere logici con l'opinione che combattiamo bisognerebbe negare all'erede *ex re certa*, e a quello che deve restar contento di una determinata cosa, il diritto di accrescimento, quando gli altri istituiti mancano alla eredità; specialmente poi quando questa mancanza si avvera dopo la morte del testatore e prima dell'adizione dell'eredità: fosse egli un vero legatario, il testamento diverrebbe *destitutum*. Però questa logica conseguenza è ripudiata anche dai fautori dell' opinione contraria.

Secondo il Senatoconsulto Trebelliano l'erede fiduciario, rispetto all'erede fidecommissario, fosse il fedecommesso espresso o tacito, ha diritto a sottrarre la quarta Falcidia; questo diritto non può essere tolto all'*heres ex re certa*, una volta che egli, e da Giustiniano stesso, è equiparato all'altro: *qui contentus esse debet iussu testatoris.*

A tale erede non può essere negato neppure l'azione *familiæ erciscundæ;* la quale, sebbene sia azione ereditaria, pure essa è concessa non solo per la divisione della eredità, ma anche per tutte le prestazioni personali nascenti dalla comunione; egli, come qualunque prelegatario, può far valere, se non altro, il suo prelegato con questa azione (2).

### § 41. — *Continuazione.*

153. Il fatto di più eredi non si oppone al carattere della universalità; conseguenze di tal principio. — 154. *Quid* quando il testatore nelle distribuzione delle parti superi l'asse; sistema di riduzione secondo la L. 13, § 4, *h. t.* e della L. 21, Cod. *de legatis;* opinione degl' interpreti; nostra opinione.

**153.** La nomina di più eredi non si oppone al carattere universale dell'erede, ognuno di essi è ritenuto come erede universale, sebbene non erediti che una sola quota del patrimonio, *partes solo concursu fiunt.*

Da ciò segue:

1) Che quando il testatore ha costituito molti eredi con parti che non esauriscono il patrimonio, ed ha assegnati sul resto altri senza determinazione di quote, questi ultimi saranno istituiti nel resto.

§ 6, *Inst. h. t.* - Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nomi-

(1) Windscheid, *Krit. Vierteljahrschrift.*, vol. 62, pag. 478. Arndts *in Glück*, vol. 47, pag. 433, nota 70. Padelletti, op. cit.

(2) Neuner, op. cit. Schwing, op. cit. Vangerow, op. cit., § 449, nota 2.

natis, ex aequis partibus eos heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nominatis ex aequis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent: si vero totus as completus sit, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus an medius, an novissimus sine parte scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quae vacat (1).

2) Se poi la distribuzione di parti esaurisce il patrimonio e il testatore si è espresso in queste parole: *ex reliqua parte ille vel ille heres esto*, gli istituiti con queste parole non riceveranno nulla, perchè il testatore voleva istituirli sul residuo, e questo non si è avverato.

L. 17, § 3, *h. t.* - ... Aliter atque si ita scripsisset expleto asse: *ex reliqua parte heres esto*, quoniam, quum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.

**154.** 3) Se le parti distribuite agli eredi istituiti superano l'asse, ovvero, avendo istituiti eredi con parti si è esaurito l'asse e si sono istituiti altri con parti o senza parti, allora tutti varranno come debitamente istituiti, e si ritiene come se il testatore nella distribuzione del suo asse sia andato ad un secondo asse, cioè abbia fatto del suo patrimonio 24 parti, *dupondius*.

L. 17, § 3, *h. t.* - Sed si asse expleto alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet. — § 8, *Instit.*, *h. t.* - Idemque erit, si dupondius expletus sit: quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

4) Se infine con la distribuzione delle parti si esauriscono tutte le 24 once, dopo fatto il *dupondio*, e si istituiscono anche eredi con altre parti o senza parti anche in questo caso tutti gli eredi istituiti sono veri eredi universali, ma quanto alla distribuzione del patrimonio si fa il *tripondio* e l'asse ereditario viene diviso in 36 parti.

La regola generale, che quando il testatore con la distribuzione delle parti avesse esaurito il patrimonio, nella ripartizione della eredità tra gli eredi istituiti si debba ritornare all'asse, ha una applicazione quando non vi siano altri eredi istituiti *sine parte*, perchè in questo caso, non essendovi la necessità di ricavare una quota parte per coloro che sono istituiti senza parti, non si procede al *dupondio* o al *tripondio*, ma si riducono le quote rispettive in modo che si rientri nell'asse. Se, p. e., il testatore avesse istituito un erede in tutto l'asse ereditario, ed un altro nella metà dell'asse le porzioni di entrambi si riducono in proporzione, sicchè il primo conseguirà due terzi e l'altro un terzo.

L. 13, § 4, *h. t.* - Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, aeque pro rata decrescet, utputa me ex duodecim unciis heredem, te ex sex scripsit; ego hereditatis habeo bessem, tu trientem.

Però, se non si voglia ridurre le parti assegnate alla proporzione dell'asse, si può ritenere che il testatore abbia potuto dividere il suo patrimonio in tante parti per quante realmente ne fece.

L. 13, § 6, *h. t.* - Sed si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta, eodem libro Labeo ait, in viginti uncias assem dividendum, octo laturum ex dimidia et sexta scriptum, illos duos duodecim. — § 7 - Apud eundem refertur: Titius ex parte tertia, deinde asse expleto: Idem ex parte sexta, in quatuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait.

Al sistema di riduzione innanzi riferito pare che contraddica la

L. 23, C. *de legat.* (6, 37) - ... Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem. Et si tota re primo relicta, tertiam partem secundo reliquerit, secundum praedictum modum octo quidem uncias vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est in hereditatibus vel legatis vel fideicommissis; vestigia enim voluntatis testatoris non aliter, nisi per huiusmodi viam, aestimanda sunt.

La diversità del sistema di riduzione stabilito da questa legge con quello ricordato nella L. 13, § 4, innanzi riportata salta agli occhi. Secondo il testo di Ulpiano la riduzione riflette entrambi gli eredi, di guisa che nel caso ivi proposto uno degli eredi riceve otto parti, l'altro ne consegue una terza parte. Invece, secondo la costituzione di Giustiniano, vi è la riduzione solamente per il primo, la seconda porzione resta integra, ma formata a spese della prima. Se il primo infatti è stato istituito nella totalità ed il secondo nella metà dell'asse, questa si sottrae dalla porzione del primo istituito, che rimane effettivamente istituito nella metà, e perciò conseguono entrambi la metà per ognuno. Così pure, se uno fosse istituito nella totalità e l'altro nella terza parte, questa integralmente si formerà a spese della prima, in conseguenza di che, uno resta istituito effettivamente in un terzo e l'altro in due terzi.

Il sistema che si trova nella L. 13, § 4, *h. t.* è stato detto sistema matematico di riduzione; quello ricordato nella costituzione di Giustiniano sistema aritmetico.

Per accordare quei due testi si sono variamente affaticati gl'interpreti.

L'opinione manifestata dal Duareno e anche dal Cuiacio (2) che la costituzione di Giustiniano abbia introdotto un nuovo sistema di riduzione modificando quello stabilito nelle Pandette, non è da accogliere. Imperocchè la costituzione di Giustiniano fu pubblicata nel novembre dell'anno 530, ossia prima che fossero pubblicate le Pandette; e quindi non è concepibile come si possa trovare nelle Pandette un sistema che sarebbe stato antecedentemente abrogato; e ciò indipendentemente dalla regola d'interpretazione che cioè non si possono accettare contraddizioni o modificazioni dei principii stabiliti nelle Pandette per mezzo del Codice, ed applicare la nota massima che la legge posteriore deroga all'anteriore, essendo che quei due libri legislativi Pandette e Codice hanno avuto forza legislativa nel medesimo giorno,

Altri al contrario hanno per fermo che i due testi contemplino due casi differenti. Secondo alcuni vi sarebbe la riduzione così detta aritmetica (L. 23, C. *de legat.*) quando il testatore abbia attribuito ad uno il tutto, ossia l'asse ereditario; e immediatamente dopo ad un secondo erede una parte del medesimo, perchè in tal caso pare che il testatore abbia voluto modificare la prima disposizione in questa guisa, cioè che, disponendo la metà dopo aver disposto dell'intero, abbia inteso abrogare la prima disposizione di tanto di quanto importa la seconda.

Nel testo delle Pandette invece non è fatta considerazione di questo prima o dopo; ma pare che gli eredi istituiti, le cui porzioni nell'insieme importino più dell'asse,

(1) L. 17, pr., § 1, *h. t.*

(2) Duarenus, *Comment. ad tit. D. de hered. inst.*, cap. 3. Cuiaccius, *Comment.* a questa legge di Giustiniano.

siano rammentati così in complesso. Strettamente considerata la cosa anche in quest'ultimo caso un erede si è istituito dopo dell'altro; ma non immediatamente. Per conseguenza, secondo questa opinione, il testo del Codice pare sia applicabile, quando due eredi al di là dell'asse siano istituiti in due disposizioni poste immediatamente l'una dopo l'altra (1).

Contro questa opinione è stato osservato, che la costituzione di Giustiniano non è, secondo questo sistema di conciliazione, spiegata interamente. È vero che Giustiniano parte dalla considerazione avere il testatore colla seconda disposizione rivocata in parte la prima; ma da ciò non segue, che le parti determinate prese insieme non sorpassino l'asse ereditario, e perciò bisognerebbe ricercare un altro fondamento, che si vuol trovare appunto in questa differenza di tempo, ovvero in ciò che molti insieme sono stati chiamati in diverse parti dell'asse. Ciò porterebbe a molte difficoltà nella pratica. Se il testatore dicesse: — Istituisco Tizio in tutto l'asse ereditario, ma Mevio deve averne una metà — tanto secondo la costituzione di Giustiniano, quanto secondo il frammento di Ulpiano, il caso dovrebbe essere risoluto nel senso che ognuno dovrebbe conseguire la metà dell'asse ereditario (2).

In generale è accolta l'opinione sostenuta dal Donello, il quale, crede, che il passo delle Pandette riguarda casi in cui il testatore abbia diviso il suo patrimonio con espressioni tecniche, p. e., con la espressione *uncias, trientes, besses, as*, ecc. In tal caso nel dubbio è da ritenere che egli abbia voluto dividere il suo patrimonio secondo la regola *ex asse fit dupondium.*

La costituzione di Giustiniano riguarda un caso in cui ad uno degli eredi abbia attribuito il tutto, ad un altro una determinata parte di esso tutto: in questo caso avviene la sottrazione di questa parte determinata (3).

In ogni caso la volontà del testatore è sempre la base di ogni decisione; e quando essa è chiara, è da preferire a qualunque sistema di riduzione. In generale i sistemi escogitati non sono che modi legali d'interpretare la volontà del testatore.

Nella L. 13, pr. *de liber. et post. hered. inst.* (28, 2), si trova una applicazione di questo principio.

Si ita scriptum sit: *si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto*, et filius et filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quam uxor; item uxor altero tanto amplius, quam filia; licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen, quum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.

### Delle Sostituzioni.

#### § 42. — *Della sostituzione volgare.*

Bibliografia.

I., *Inst. de vulg. subst.* (2, 15). — D. *de vulgari et pupillari substitutione* (28, 6). — C. *de impuberum et aliis substitutionibus* (6, 26). — S. Gentilis, *Tract. de substitut.*. opp. vii, pag. 333. — Francke, *De origine.... subst.*, Ienae 1829. — Goveanus, *Ad tit. D. de vulg. et pupill. subst.*, opp. Lugduni 1562, pag. 63, ss. — Gast, *Comm. in tit. C. de imp. et al. subst.* (Thesaurus, *Meermann*, vi, pag. 745). — Chifletius, (in *Thesaurus Ottonis*, v, 677). — Papillon (*Ibidem*, iv, 670). — Ramos del Manzano, *Praelect. de vulg. et pupill. subst.* (in *Thesaurus Meermann*, vii, pag. 670). — Finestres et De Monsalvo, *Prael. ad tit. D. vulg. et pupill. subst.*, 1752. — Donelli, *Comment. iur. civ.*, lib. vi, cap. 23-27. — Mühlenbruch *in Glück*, vol. xl, pag. 248, ss. — Vangerow, ii, § 451. — Arndts, *In Weiskis Rechtslexicon*, x, pag. 654, ss. — Windscheid, *Pand.*, iii, § 557. — Tewes, *Syst.*, i, § 44. — Unger, *Erbr.*, § 19-20.



**155.** Dicesi sostituzione una istituzione fatta per il caso che l'erede istituito in primo luogo non possa o non voglia accettare l'eredità.

L. 36, *h. t.* - Potest quis in testamento plures gradus heredum facere, puta: *si ille heres non erit, ille heres esto*, et deinceps plures, ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituat (4).

L'erede istituito in primo luogo dicesi *heres primus*, il sostituito dicesi *substitutus* ovvero *heres secundus*. Vi potrebb'essere un sostituito al sostituito, ed allora si ha l'*heres tertius* e così via.

L. 1, *h. t.* - heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo grado, substituti secundo vel tertio (5).

Questa sostituzione è detta volgare, perchè può essere fatta da chiunque. È una istituzione sotto condizione che il primo non possa o non voglia accettare l'eredità. Queste due forme di condizione non sono da ritenersi esclusive, dimodochè nel caso che il testatore abbia espresso una di esse, p. e., se non voglia, e l'erede primamente istituito manca alla eredità, perchè non possa, non si deve considerare che sia stata deficiente la condizione. Il sostituito entrerà lo stesso nella eredità, ancorchè sia avvenuto l'altro caso non espresso. Di qui la regola: *casus voluntatis involvit casum impotentiae et viceversa.* In generale si ritiene che espresso uno dei due casi, s'intende la sostituzione fatta anche per l'altro.

Quindi la sostituzione è una vera istituzione, e perciò sono applicabili le regole notate nel paragrafo precedente.

La sostituzione volgare è retta dalle seguenti norme:

**156.** 1) Il testatore può sostituire quante persone egli voglia: o una persona ad uno o più istituiti, ovvero pure più sostituiti ad un solo istituito.

§ 1, *Inst., h. t.* - Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium vel singuli singulis vel invecem ipsi qui heredes instituti sunt.

I sostituiti possono essere nominati o in parti eguali o in parti anche ineguali, p. e.: A sia mio erede sopra un quarto del mio patrimonio, B sopra la metà e C sopra l'altro quarto, a B sostituisco D per un quarto. In tal caso se B viene a mancare D lo sostituisce in un solo quarto, l'altro quarto sarà devoluto agli altri due eredi istituiti per diritto di accrescimento.

(1) Mühlenbruch *in Glück*, vol. 49, pag. 126.

(2) Donellus, *Comment. iur. civ.*, lib. vi, cap. 22, § 8. Schulting, *Not. ad D. T. V.*, pag. 51. Vinnius, *Inst.*, libro ii, tit. 14, § 7.

(3) Pr. *Inst. h. t.*; L. 3, C. *de hered. inst.* (6, 24).

(4) L. 19, *de hered. inst.* (28, 5).

(5) L. 6, C. *h. t.*

**157.** 2) Quando vi sono più gradi di sostituzione, p. e., A sia mio erede; se egli manca all'eredità, sia sostituito da B, e se questi manca ancora, sia sostituito da C, non vi è bisogno che prima manchi A, e poi B perchè C, *heres tertius*, possa entrare nella eredità; egli potrà acquistare l'eredità medesima anche quando manchi prima B e poi A perchè il sostituito del sostituito s'intende sostituito all'istituito: *Substitutus substituto est etiam substitutus instituto.*

Questa massima va intesa anche in un altro senso. Se all'erede è sostituito un coerede, ed a questi sostituito un estraneo, quest'ultimo acquisterà non solo la quota di sostituzione, ma ancora quella di istituzione di colui a cui è sostituito.

L. 41, pr. *h. t.* - Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit; ad substitutionem eius, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat.

L. 27, *eod.* - Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto, in utramque partem Sempronium substitutum esse.

**158.** 3) La sostituzione può aver luogo tra i diversi eredi istituiti in quanto sono sostituiti reciprocamente. La sostituzione in questo caso dicesi *reciproca* o *breviloqua.*

L. 37, § 1, *de hered. instit.* (28, 5) - Haec verba: *Publius, Marcus, Caius invicem substituti heredes mihi sunto*, sic interpretanda sunt, ut breviter videatur testator tres instituisse heredes, et invicem eos substituisse, perinde ac si ita scripsisset: *ille, et ille, et ille instituti heredes, et substituti sunto.*

Questa sostituzione pare superflua, perchè, anche senza di essa l'effetto sarebbe lo stesso; quantochè per dritto di accrescimento la porzione di colui, che manca alla eredità, sarebbe devoluta agli altri coeredi, nello stesso modo come se fossero reciprocamente sostituiti. E di vero le regole relative al dritto di accrescimento sono identiche a quelle che regolano la sostituzione reciproca.

*a*) Ogni erede, che abbia acquistata l'eredità, acquista implicitamente la quota di sostituzione senza bisogno di altra addizione, perocchè questa fa parte della medesima vocazione testamentaria che non può scindersi.

L. 76, pr. *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2) - Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio iure sextantis extitisset, quaero, an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat? Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione, quum ab utraque causa una aditio sufficiat; sextans itaque, qui sub conditione datus mihi est, ad me solum pertinet (1).

*b*) Pel medesimo principio la rinunzia di uno dei coeredi sostituiti, implica anche rinunzia implicita alla quota di sostituzione che gli sarebbe spettata.

L. 41, § 4, *h. t.* - Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: *quos heredes meos invicem substituo*, coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, ceteros omnes coheredes admitti (2).

Se poi un solo erede sia stato sostituito al coerede, allora non facendo la sostituzione parte della medesima istituzione, il sostituito acquisterà la quota di sostituzione, quand'anche abbia rinunziato all'eredità.

(1) L. 10, 45, § 1, *h. t.*

(2) L. 41, § 4, *h. t.*, già innanzi riportata.

L. 76, § 1, *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2) - Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, num quid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis abiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit quam partem hereditatis aut admittere velim, aut vindicare.

*c*) Finalmente, se tra i sostituiti coeredi alcuni sono stati chiamati congiuntamente, la porzione vacante, come nel dritto di accrescimento, profitterà solamente ai congiunti (2).

Sebbene la sostituzione reciproca abbia gli stessi effetti del dritto di accrescimento, pur tuttavia esiste tra i due istituti una certa differenza.

In effetto la sostituzione è ammessa quando il testatore espressamente l'abbia autorizzata, mentre il dritto d'accrescimento nasce di diritto per il carattere universale dell'erede.

Da ciò può risultare anche una diversità negli effetti.

*a*) Il testatore può regolare le quote di sostituzione diversamente da quelle, che risulterebbero dal diritto di accrescimento; di guisa che uno dei coeredi riceverebbe per sostituzione più o meno di quello che riceverebbe per dritto d'accrescimento. Per es., se si fosse istituito Tizio in una metà dell'asse ereditario, Caio in una quarta parte, Sempronio e Mevio ciascuno per un'ottava parte, e fossero stati tutti reciprocamente sostituiti in parti eguali, mancando Tizio, gli altri coeredi subentrerebbero alla porzione di lui in porzione eguale cioè a dire ciascuno in una terza parte, mentre per diritto d'accrescimento la porzione vacante si sarebbe accresciuta agli altri in proporzione delle loro quote.

*b*) Il diritto di accrescimento ha luogo anche quando l'istituito ha acquistata l'eredità, e si avvera una porzione vacante dopo la sua morte; per la nota massima che *portio non personae sed portioni accrescit.* A quella porzione vacante prende parte anche l'erede dell'istituito. Mentre se un sostituito entra già nella eredità, e la porzione vacante si avvera per morte di un altro coerede istituito; questa porzione profitta solo al coerede sostituito vivente, e non all'erede dell'altro coerede sostituito premorto.

L. 45, § 1, *h. t.* - Paulus respondit: si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, eius portionem, qui, quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere (3).

*c*) Nella sostituzione reciproca, in caso che il testatore non abbia nulla disposto, ciascuno riceve la vacante porzione in proporzione della quota ereditaria. Se però tra essi vi è un estraneo, cioè sia solo sostituito e non come gli altri, istituito; in caso mancasse uno degli istituiti, questi concorrerà cogli altri nella sostituzione per una quota virile.

L. 9, *h. t.* - Si pater filio impuberi eosdem, quos sibi, ut te unum praeterea heredem instituit, bonorum filii te dimidium, ceteros patris heredes communiter dimidium ita habere, ut unus semis apud te maneat alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent.

**159.** 4) La sostituzione può essere considerata fino ad un certo punto come indipendente istituzione; non è una parte accessoria che deve seguire necessariamente le fasi della istituzione a cui accede. Se, p. e., l'istituzione è fatta sotto condizione, p. e., *si navis ex Asia venerit*, e poi all'istituito sotto questa condizione è

(3) L. 9, *de suis et legit. hered.* (38, 16).

**aggiunta una sostituzione, questa non si avrà neanche come condizionata, anzi se la condizione è deficiente succede il sostituito.**

L. 73, *de hered. inst.* (28, 5) - Sub conditione heredi instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur (1).

Però il sostituito è tenuto a soddisfare i legati messi a carico dell'istituito, e ciò per un rescritto di Settimio Severo per cui i legati messi a carico dell'istituito debbono ritenersi ripetuti anche per il sostituito, a meno che non risulti chiara una contraria volontà del testatore.

L. 74, *de legat.* (30) - Licet Imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas, quae ex multis colligetur, an quis ab herede legatum, vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi. Quid enim, si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? vel quid, si certa causa fuit, cur ab instituto reliquerat, quae in substituto cessaret? vel quid, si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? in obscura igitur voluntate locum habere rescriptum, dicendum est.

5) Comunemente il sostituito è limitato alla medesima parte dell'istituito (2). Se invece al sostituito è attribuita dal testatore una parte più grossa o più piccola di quella data all'erede istituito, tale porzione viene modificata al momento in cui il sostituito entra nella eredità. Se p. e. Tizio è istituito nella metà dell'asse ereditario, Caio nell'altra metà, ed a Tizio è sostituito Sempronio in tre quarti; se Tizio istituito manca, la porzione del sostituito verrà ridotta secondo la regola notata nel paragrafo precedente.

L. 15, § 1, *de hered. inst.* - Idem eodem libro scripsit, si primus ex semisse, secundus ex semisse, si primus heres non erit, tertius ex dodrante substitutus sit, facti quidem quaestionem esse; verum recte dicitur, si quidem primus adierit, aequales partes habituros, si ripudiaverit, quindecim partes futuras, ex quibus novem quidem laturum tertium, sex secundum (3).

**159.** 6) L'erede può essere sostituito a sè medesimo. Una tale sostituzione parrebbe superflua e senza importanza pratica. Però può avere una certa importanza solo in alcuni rarissimi casi, in cui la sostituzione a sè medesima può giovare. Tal caso è rammentato dalla

L. 48 (28, 6) - ... Sed si sub conditione quis heres scriptus sit, pure autem substitutus est, causa immutatur, quoniam potest ex institutione defici conditio, et substitutio aliquid adferre; sed si extiterit conditio duae purae sunt et ideo nullius momenti erit substitutio. Contra si pure quis instituatur, deinde sub conditione sibi substituatur, nihil facit substitutio conditionalis; nec mutata intelligatur, quippe quum et si extiterit conditio, duae purae sint institutiones.

**160.** Essendo la sostituzione volgare una istituzione sotto condizione, gli effetti si misurano secondo le istituzioni condizionali.

1) Quando la condizione è pendente, vale a dire prima che l'erede istituito abbia accettata o ripudiata l'eredità, essendo ancora vivente, la sorte del sostituito non è ancora decisa. *Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest* (4). L'effetto della sostituzione si ha quando è certo che l'istituito non possa o non voglia accettare l'eredità.

Come qualunque altro istituito sotto condizione anche l'istituito può domandare la *bonorum possessio secundum tabulas.*

L. 2, § 4, *de bonorum possess. secundum tabulas* (37, 11) - Defertur bonorum possessio secundum tabulas primo gradu scriptis heredibus, mox, illis non petentibus, sequentibus non solum substitutis, verum substituti quoque substitutis, et per seriem substitutos admittimus. Primo gradu autem scriptos accipere debemus omnes, qui primo loco scripti sunt; nam sicuti ad adeundam hereditatem proximi sunt, ita et ad bonorum possessionem admittendam.

Il sostituito può, come si è veduto innanzi, domandare la cauzione Muciana in caso che l'erede fosse istituito sotto una condizione potestativa negativa.

Inoltre può domandare, che si dia all'erede lo spazio a deliberare; perchè egli possa sapere se la sua sostituzione avrà o no effetto.

2) Se l'erede istituito ha accettata l'eredità, la condizione è deficiente, quindi cadono tutti i gradi di sostituzioni.

L. 7, pr. *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2) - Si quis filium familias heredem instituerit et ita scripserit: *si mihi Titius iste filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto*, filio adeunte iussu patris, substitutus excluditur (5).

3) Quando è certo che, sia per morte, sia per rinunzia, l'erede istituito non eredita, la condizione inerente alla sostituzione si è avverata, e quindi la porzione ereditaria dell'erede istituito è devoluta al sostituito; di guisa che il testamento non è destituito, in caso che l'istituito fosse *heres ex asse*, ovvero viene impedito il diritto di accrescimento.

Nov. 1, cap. 1, § 3 - Si vero institutio etiam substitutionem habuerit, certum est, prius ad substitutum, quia volentem venient omnes res secundum legem complentem quae relicta sunt, et sic illo nolente tunc ad coheredes, et legatarios, et servos, et qui ab intestato, et qui extra sunt, et fiscum secundum a nobis datam observationem ea, quae auferuntur, venient, complentes ubique deficientium legitimas dispositiones; propterea namque etiam ad tantas respeximus successiones, ut non remaneat sine aditione ipsius morientis hereditas (6).

La sostituzione non ha luogo se il sostituito non sopravviva all'istituito.

Qualche volta il sostituito non entra nella successione anche quando si avvera la condizione.

Ciò avviene massimamente in caso di acquisto di eredità per mezzo di altri, come l'acquisto dell'eredità del padre di famiglia per mezzo della istituzione del figlio sotto la sua patria podestà o quella del padrone per mezzo del servo. La condizione *si Titius heres non erit* è intesa nel senso: *si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit.* E perciò, ancorchè il figlio di famiglia o il servo non diventano per sè stessi eredi, pure, acquistando il padre, la sostituzione manca.

§ 4, *Inst. h. t.* - Illa enim verba: si heres non erit, in eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit*; in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant; si hereditatem sibi eive, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, non adquisierit.

Secondo questo principio in un simile caso vi è quasi una doppia condizione, cioè che non diventi erede l'isti-

(1) L. 27, pr. *eodem.*
(2) L. 58, § 3, *de hered. instit.* (28, 5).
(3) L. 9, § 13; L. 16, *eod.*

(4) L. 3, *de acquir. vel amit. hered.* (29, 2).
(5) L. 3, C. *h. t.*
(6) L. 2, § 8, *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11).

tuito e che non lo diventi neppure colui che acquista l'eredità per mezzo suo. Ciò però se il legislatore non abbia diversamente disposto (1).

Nei casi di trasmissione, sebbene l'istituito muoia prima dell'adizione dell'eredità, perchè in tali casi la delazione si trasmette ad altri, il sostituito non entra ancora nella eredità, se non quando è certo che il trasmissario non accetti l'eredità (2).

### Della sostituzione pupillare.

#### § 43. — *Della sostituzione pupillare in genere.*

Fonti e Bibliografia.

Inst. *de pupillari substitutione*, (2, 16). — D. *de vulgari et pupillari substitutione.* — C. *de impuberum et aliis substitutionibus.*

Wening-Ingenheim, *V. der sog. vulgaris substitutio tacita, in Zeitscrift. f. civ. Recht u. Process.*, III, pag. 147. — Pernice, *Ueber substitutio tacita, in Jahrbüch d. Gemein. Rechts*, I, n. 7. — Löhr, *Ver kann pupillariter substit. werden, Arch. f. civil. Praxis*, IX, n. 3, 4, 7. — Lo stesso, *Zur Lehre von der pupillar. substitution*, ibid. XXII. — Fuchs, *ibid.*, XXXVIII, n. 13. — Elvers, *In Archiv. f. pract. Rechtswissenschaft*, IV, n. 1. — Tewes, *Syst*, I, § 46. — Mühlenbruch *in Glück*, XL, pag. 267, ss. — Vangerow, *Pand.*, § 451, ss. — Windscheid, *Pand.*, § 558 e 559. — Arndts, *In Rechtslexicon*, X, pag. 663, ss. — Lo stesso, *Pand.*, § 497 e 498. — Brinz, § 183. — Sintenis, *Pract. Civilrecht.*

161. Nozione della sostituzione pupillare; differenza con la volgare; indole giuridica della sostituzione pupillare relativamente alla persona del sostituito; relativamente all'atto. — 162. Contenuto della sostituzione pupillare. — 163. Forme della sostituzione pupillare. — 164. *Duplex substitutio*; una sostituzione pupillare può essere ritenuta anche come volgare; confutazione della contraria dottrina. — 165. Le presunzioni di doppia costituzione cadono innanzi alla chiara volontà del testatore; interpretazione della L. 9, C. *de inst. et subst.*

**161.** Si ha la sostituzione pupillare quando il *pater familias* nomina un erede al proprio figlio impubere per il caso che questi muoia nella impubertà. Questa originaria forma della sostituzione pupillare fu modificata più tardi, quando il figlio cominciò, per mezzo di peculii, ad avere un suo patrimonio distinto da quello del padre, e quindi sotto l'Impero la sostituzione pupillare, senza perdere dell'antico suo carattere, ebbe la importanza di un testamento del pupillo fatto dal padre; sicchè un testamento con una sostituzione pupillare ne conteneva due, il testamento del padre e quello del figlio. — *Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, idest duarum hereditatum* (3).

La differenza che intercede tra questa sostituzione e la volgare sta in ciò, che mentre nell'ultima il sostituito non succede che quando si è certo che l'istituito non possa o non voglia accettare la eredità, nella pupillare invece il sostituito entra nella eredità quando l'istituito abbia acquistata la eredità medesima e poi fosse morto durante la impubertà.

Questa istituzione fu l'effetto dei costumi, perchè il padre di famiglia, ad evitare, che, morendo il figlio nella impubertà, il suo patrimonio dovesse andare agli eredi legittimi, se ve ne fossero, provvedeva per una persona che dovesse continuare la sua personalità sul patrimonio e nominava quindi a se stesso un secondo erede.

L. 2, *h. t.* - Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim; quod sic erit accipiendum, si sint in potestate. Ceterum emancipatis non possumus, postumis plane possumus, nepotibus etiam possumus, et deinceps si qui recasuri non sunt in patris potestatem. Sed si eos patres praecedant, ita demum substitui iis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati; ita enim post legem Velleiam succedendo non rumpunt testamentum; nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit. Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit filio praecedente.

La sostituzione pupillare è una estensione maggiore della patria podestà, per cui si dà il potere al padre di famiglia di nominare a sè un secondo erede, anche quando il figlio avesse acquistata la eredità, ovvero anche di nominare un erede al figlio, facendo a costui un testamento, e così disporre del patrimonio del figlio, nel caso ch'egli morisse prima di acquistare la capacità di farne uno proprio.

**162.** Questa istituzione è retta dalle seguenti regole:

1) Il fondamento della sostituzione pupillare è la *patria potestas*, quindi non può sostituire che il solo *paterfamilias*, il quale abbia la patria potestà sopra il figlio, che dev'essere dunque un *suus heres* del padre. Anzi da principio il padre di famiglia non poteva istituire che gl'immediati discendenti sottoposti alla sua patria potestà, poi fu permessa la sostituzione anche del nipote *suus* e dei *postumi* (4).

Da ciò si rileva che se il nipote non fosse *suus*, ma invece, pure essendo sotto la patria potestà dell'avo, dopo la morte di costui, ricadesse sotto la patria potestà del padre, non può essere sostituito pupillarmente dal testatore avo. « *Nepotibus possumus* (*substituere*) *et deinceps, si qui recasuri non sunt in patris potestatem* » (5).

L. 41, § 2, *h. t.* - Quum filiae, vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit tenere, parens substituit; si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.

A maggior ragione il padre non può sostituire al figlio emancipato (6).

L'impubere a cui si è sostituito deve morire prima di raggiungere la pubertà. Appena questa è raggiunta, cessa la sostituzione pupillare.

§ 8, *Inst.*, *h. t.* - Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, feminae usque ad duodecim, et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

Questo termine non può essere mai prolungato, però il testatore può sostituire per un tempo minore.

L. 14, *h. t.* - In pupillari substitutione, licet longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate.

L. 21, *h. t.* - Si ita quis substituerit: *si filius meus intra decimum annum decesserit, Seius heres esto*, deinde hic ante quartumdecimum, post decimum decesserit, magis est, ut non possit bonorum possessionem substitutus petere; non enim videtur in hunc casum substitutus.

(1) Vedi Arndts, *In Rechtlexicon*, X, pag. 657. Tewes, op. cit., § 45.

(2) L. 4, § 13, C. *de caduc. toll.* (6, 51).

(3) § 2, *Inst.*, *h. t.* — Vedi anche L. 2, § 4; L. 20, *h. t.*

(4) Vedi L. 2, pr. sopra trascritta.

(5) L. 2, *h. t.*, cit.

(6) L. 2, pr. cit., § 4, *Inst.*, *h. t.*

L. 38, § 1, *h. t.* - Ergo et ad breve tempus aetatis substituere potest, ut puta: *si filius meus intra annum decimum decesserit, Titius ei heres esto* (1).

Però in certe circostanze una sostituzione pupillare, fatta al di della età di quattordici o dodici anni, può essere ritenuta come un fedecommesso; imperocchè è chiara la volontà del testatore di volere lasciare al sostituito il suo patrimonio nel caso dovesse il figlio istituito morire prima di una determinata età: p. e., istituisco erede mio figlio, e se muore prima di raggiungere il ventesimo anno, sia sostituito da Sempronio. Questa specie di sostituzione, per la nota massima che deve valere molto più la intenzione del testatore, anzichè la sua espressione, quella sostituzione può essere intesa nel senso che la eredità sia devoluta al figlio e poi trasmessa a Sempronio, avverandosi la condizione ivi espressa.

Però in questo caso, non essendo più una sostituzione pupillare, il fedecommesso dev'essere limitato al solo patrimonio del testatore (2).

2) Il testatore deve fare il testamento per sè. È inconcepibile che il padre muoia intestato, e faccia poi il testamento per il suo figlio: il testamento del figlio o la sostituzione è considerato sempre come una parte del testamento paterno. « *Substitutio est pars et sequela testamenti paterni* ».

§ 5, *Inst.*, *h. t.* - Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti; adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

L. 1, § 3, *h. t.* - Substituere liberis pater non potest, nisi si heredem sibi instituerit; nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet (3).

Il testamento del padre e del figlio può essere determinato in un solo atto; oppure possono essere contenuti in due atti diversi, inquantochè il testatore, dopo aver fatto il suo testamento in un altro, inscrive la sostituzione, che forma il testamento del figlio. In questo caso non è mestieri che per i due testamenti vi fosse una unità di atto.

L. 16, § 1, *h. t.* - Si suo testamento perfecto, alia rursus hora pater filio testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus, nihilo minus id valebit, et tamen patris testamentum ratum manebit.

Però questi due testamenti debbono avere entrambi le forme e le solennità dei testamenti. Se invece i due testamenti sono compresi in uno solo basta la solennità di un solo testamento (4).

In ogni caso è indifferente se la sostituzione precede o segue la istituzione.

L. 2, § 5, *h. t.* - Sed si quis ita fuerit testatus: *si filius meus intra quartumdecimum annum decesserit, Seius heres esto;* deinde: *filius heres esto;* valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fecerit.

A meno che non si trattasse di due atti, perchè in tal caso il testamento del padre deve precedere quello del figlio.

L. 2, § 4, *h. t.* - Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere, et non convertere ordinem scripturae; et hoc Iulianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere; ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quae sententia Rescripto Imperatoris nostri ad Virium Lupum Britanniae Praesidem comprobata est; et merito, constat enim, unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo, ut, quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et postumum suum filio impuberi possit quis substituere (5).

Il padre di famiglia con la sostituzione pupillare, facendo il testamento per sè e per suo figlio, dispone del patrimonio del figlio tanto su quello, che gli perverrà da lui dopo la sua morte, quanto su ciò che questi riceve o dai beni materni o da peculii avventizi.

§ 4, *Inst.* - ... Itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet.

Per eccezione il padre arrogatore di un impubere può sostituire *pupillariter* all'impubere arrogato solo su quel patrimonio che l'arrogato ha da lui o che egli acquista in diverse circostanze a causa dell'arrogazione.

L. 10, § 6, *h. t.* - In arrogato quoque impubere dicimus, ad substitutum eius ab arrogatore datum non debere pertinere ea, quae haberet, si arrogatus non esset, sed ea sola, quae ipse ei dedit arrogator, nisi forte distinguimus, ut quartam quidem, quam omnimodo ex Rescripto Divi Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit, superfluum habeat. Scaevola tamen libro decimo Quaestionum putat, vel hoc arrogatori permittendum; quae sententia habet rationem. Ego etiam amplius puto, et si quid beneficio arrogatoris acquisiit, et haec substitutum posse habere, utputa arrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit.

Il testatore deve istituire erede suo figlio; ma ciò è richiesto, perchè, come si è detto, il figlio deve essere un *suus*, quindi la sua istituzione era per il testatore obbligatoria, e perciò la istituzione era richiesta per mantenere il testamento del padre e nel medesimo tempo quello del figlio; onde la sostituzione pupillare può esser fatta anche quando il figlio è diseredato, poichè la diseredazione mantiene in piede il testamento.

L. 1, § 2, *h. t.* - Substituere liberis tam heredibus institutis, quam exheredatis possumus (6).

3) Il padre di famiglia non è limitato nella scelta dei sostituiti nè nella qualità delle persone nè nel numero. Egli può chiamare alla sostituzione chiunque vuole: l'altro coerede o un estraneo, ovvero, con una frase generica, p. e., *quisquis mihi heres erit.*

L. 10, pr. *h. t.* - Sed si plures sint ita substituti: *quisquis mihi ex suprascriptis heres erit,* deinde quidam ex illis, posteaquam heredes extiterint patri obierunt, soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sunt, nec quidquam valebit ex persona defunctorum.

Quanto ai legati il testatore non può gravare di legati il sostituito sul patrimonio del pupillo e perciò, se il figlio è diseredato, il sostituito non può essere gravato di legati, onde la massima, *ab exheredati substituto inutiliter legatum datur* (7), anche quando il testatore avesse lasciato un legato al diseredato.

L. 24, C. *de legat.* (6, 37) - Quum quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis iniuriam etiam substitutionem ei addidit, et a substituto legatum reliquit, quae-

(1) Vedi anche pr. § 2 della stessa L. 38.
(2) Mühlenbruch *in Glück,* vol. 40, pag. 379.
(3) L. 2, § 1, *h. t.*
(4) § 3, *Inst.*, *in f. h. t.*
(5) Tewes, op. cit.
(6) § 4, *Inst.*, *h.* t.
(7) L. 26, *de legat.* (30).

rebatur si huiusmodi legatum vel fideicommissum potest valere. Sed et si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, et substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum, iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum potest relinquere. Quum igitur antiquitas quidem hoc diverse tractare maluit, nobis autem huiusmodi iurgia supervacua esse videntur, sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, prægravari, nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, a substituto eius vel legare vel fideicommittere voluit.

Una sola eccezione a questa regola vi è quando il padre avesse sostituito all'impubere diseredato un altro erede istituito nel suo testamento. Perocchè questi, accettando la eredità del padre, deve soddisfare anche quei legati gravati su lui sostituito.

L. 11, § 8, *ad leg. Falc.* (35, 2) - Si quis exheredato filio substituit heredem institutum et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, cum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres extiterit (1).

**163.** 4) La sostituzione pupillare prende due forme quasi distinte, secondo l'antico o il nuovo diritto. Secondo l'antico il padre, sostituendo pupillarmente, provvede per un erede a se medesimo, in caso che il figlio muoia nell'impubertà; secondo il nuovo colla sostituzione pupillare il padre fa il testamento al figlio, ossia nomina un erede al figlio nella medesima previsione. Di qui la conseguenza che, nella sostituzione pupillare non vi è obbligo da parte del testatore di prendere in considerazione gli eredi necessari del pupillo tanto secondo il concetto antico della sostituzione pupillare quanto secondo il nuovo. Imperocchè, trattandosi di pupillo non vi possono essere discendenti che abbiano il diritto di essere istituiti o debitamente diseredati, nè si può far parola di *querela inofficiosi testamenti*, perchè è impossibile attribuire ad un pupillo la mancanza di pietà o di rispetto verso coloro che avrebbero diritto alla porzione legittima.

L. 8, § 5, *de inoff. test.* (5, 2) - Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit: nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est; tunc enim pupillare valet.

Erronea è quindi la opinione di qualche scrittore asserente che la sostituzione pupillare, ossia le seconde tavole, possano essere impugnate, quando vi fossero persone aventi diritto alla porzione legittima, sia rispetto al padre, sia rispetto al pupillo, p. e., fratelli di quest'ultimo; e questo specialmente quando tali persone erano in grado di rescindere il testamento del padre. Questa opinione è sostenuta dalle ultime parole del testo su riprodotto. — *Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est, tunc enim pupillare valet* (2). Mentre quelle parole racchiudono il principio generale che quando le *primæ tabulæ* mancano o si annullano, anche le seconde cadono; al contrario queste ultime rimangono, quando il testamento del padre viene rescisso in parte.

Nè diversa soluzione può esser data per la questione se gli eredi necessari del figlio, p. e., gli ascendenti

(1) L. 94, pr. *h. t.*
(2) Zimmern, *Röm. recht. Untersuchungen*, III, n. 4, p. 85.
(3) Thibaut, *In archiv. f. civil. Praxis*, v, n. 6. Franke, *Notherbenrecht*, pag. 454. Mühlenbruch *in Glück*, xxxv, pag. 357, nota 69, xl, pag. 391. Vangerow, *Pand.*, II, § 454, n. 3.

del pupillo non debbano essere considerati dal padre nella sostituzione pupillare quali eredi necessari del figlio secondo la Novella 115.

In vero le ragioni innanzi dette, per cui il padre non è obbligato a ricordare gli eredi necessari del figlio, vengono meno in questo caso; perocchè quando il diritto formale d'istituire o debitamente diseredare spettava semplicemente ai discendenti, non era possibile un tale obbligo, trattandosi di pupilli; ma quando tale diritto della Novella 115 fu esteso anche agli ascendenti, avendo il pupillo ascendenti, spetta a questi il diritto di essere istituiti o debitamente diseredati. Nè qui si tratta di parte materiale della successione necessaria; ma di mancanza di forma del testamento. Per questa ragione il Francke si allontana in questo punto dalla comune opinione.

È da considerare però che Giustiniano nell'estendere il diritto formale agli ascendenti fu mosso dagli stessi motivi che sostenevano la porzione legittima; onde il mezzo da lui dato contro il testamento è più un'azione di rescissione, rimanendo in piedi i legati, che una vera e propria azione di nullità. E perciò la comune opinione è anche in questo caso da seguire (3).

**164.** 5) Il padre di famiglia era libero d'istituire per suo figlio impubere una sostituzione volgare, pel caso che potesse addivenire erede, e una sostituzione pupillare pel caso che, morto il testatore, l'impubere mancasse prima di raggiungere la maggiore età. La prima veniva detta *substitutio in casum vulgarem*, ovvero in *casum primum*; l'altra era detta *substitutio in casum secundum, utrum ne in primum casum an in secundum filio suo substituerit* (4).

Se però il testatore avesse espresso uno di quei casi, p. e. il primo, ossia quello di sostituzione volgare, essa valeva anche come sostituzione pupillare.

L. 4, pr. *h. t.* - Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligitur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit (5).

Questa sostituzione è detta doppia, perchè comprende tanto la volgare quanto la pupillare.

L. 1, § 1, *h. t.* - Heredis substitutio duplex est, aut simplex, veluti: *Lucius Titius heres esto; si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto; si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Caius Seius heres mihi esto* (6).

È controverso, se è da considerare egualmente come doppia la sostituzione, quando essa sia espressa come pupillare, ossia se una sostituzione pupillare possa essere ritenuta come sostituzione volgare. Questa è la celebre causa *Curiana* di cui abbiamo notizie da Cicerone. Un testatore aveva istituito un postumo, a lui aveva sostituito Curio per il caso che il postumo nascesse e morisse durante la impubertà.

*Si mihi filius genitur, isque prius moritur, quam in suam tutelam veniat, tum ut mihi ille* (*Curius*) *heres sit* (7); il postumo non nacque, indi la lite tra l'erede intestato Coponio ed il sostituito. Coponio si atteneva alle parole del testamento, le quali chiamano il sostituito nel caso che il postumo nascesse o mo-

(4) Mühlenbruch, loc. cit. Rosshirt, *Test. Erbrecht*, I, pag. 384. Arndts, *Rechtlexicon*, x, pag. 668.
(5) L. 8, C. *h. t.*
(6) Gai, *Inst.*, II, n. 179.
(7) Cicerone, *De orat.*, I, 32.

risse nella impubertà; mentre il sostituito si atteneva alla mente del testatore che voleva preferire l'istituito agli eredi intestati. Cicerone ci dà notizie anche dei due famosi avvocati che sostenevano le ragioni delle due parti. Q. Muzio Scevola sosteneva la parte dell'erede intestato, Lucio Crasso il sostituito. Il tribunale Centumvirale decise la questione in favore dell'istituito, e come dice Cicerone *L. Crassus ornate et copiose..... probavit omnibus M. Curium, qui heres institutus esset, ita mortuo postumo filio, cum filius modo non mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. Quae res igitur valuit? voluntas etc.* (1).

Nelle fonti però non vi è traccia che questa giurisprudenza del tribunale Centumvirale sia stata lungamente mantenuta; i giureconsulti romani, almeno per quanto ne sappiamo dai loro frammenti, non accennano punto a ritenere doppia sostituzione, quando il testatore si fosse espresso nella forma di sostituzione pupillare. La comune opinione si è decisa di ammettere che la sostituzione pupillare valga ancora come sostituzione volgare (2).

È bene però considerare la

L. 4, *h. t.* - Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit. — § 1. Quod ius ad tertium quoque genus substitutionis tractum esse videtur; nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, in utrumque casum reciprocam substitutionem factam videri, divus Pius constituit. — § 2. Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo: *eosque invicem substituo*, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem, Severus et Antoninus constituit; incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, ut, si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes heres extiterit, et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur; quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quaestionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur; ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur, vel certe evitandae quaestionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem: *sive heres non erit, sive erit, et intra pubertatis annos decesserit.*

Il principio del testo riportato, mentre ha servito per base alla opinione di coloro che sostengono il contrario, convenientemente interpretato, conferma pur non di meno la comune opinione. Imperochè è arbitrario limitare la espressione in *alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur*, alla sola ipotesi che vi sia prima una sostituzione volgare. Imperocchè le parole *alterum casum* si possono rapportare tanto all'uno che all'altro modo di sostituzione, significando uno dei due, cioè che se altri avesse sostituito in uno dei due casi, la sostituzione dovesse valere anche per l'altro, indipendentemente se, essendosene stabilita una volgare, dovesse questa valere anche come pupillare, ovvero viceversa. Non si concepisce la ragione perchè le parole *alterum casum* debbano riferirsi alla ipotesi della sostituzione volgare e non nel medesimo tempo alla pupillare.

Il § 1° riguarda, come avremo l'occasione di notare, un caso d'interpretazione di volontà, quando il testatore non ha creduto che di fare una delle due sostituzioni. Ma quello che ribadisce la dottrina comune, è il § 2° della legge riportata, in cui vi ha una limitazione al secondo caso, cioè quando il testatore avesse sostituiti reciprocamente i due impuberi. Se dunque il testatore avesse istituiti due figli, pubere l'uno, l'altro impubere, e li avesse reciprocamente sostituiti, non pare applicata la regola generale espressa di sopra, cioè che debbano valere entrambi come doppia sostituzione, perchè una sola sostituzione non dev'essere considerata una volta doppia ed un'altra volta solamente volgare; essa varrà sempre come volgare. Per raggiungere lo scopo di una doppia sostituzione, il testatore avrebbe dovuto sostituirli separatamente. Modestino aggiunge in conferma di questo principio due esempi, in uno dei quali la sostituzione per l'impubere, è espressa in questi termini: *si impubes heres extiterit, et intra pubertatem decesserit, pubes in portionem coheredis substituatur* e prosegue: *quo casu in utrumque eventum substitutus videtur*. Ora non si può senza preconcetti non ammettere che queste due parole *utrumque eventum* non si riferiscano all'uno ed all'altro caso: cioè tanto nel caso che determinata la sostituzione, come volgare debba valere come pupillare, quanto nel caso inverso, che essendo determinata come pupillare, debba valere come volgare (3).

**165.** 6) Tutte queste presunzioni però cadono innanzi alla chiara volontà del testatore secondo la massima espressa nella L. 4 citata: *si voluntas parentis non refragetur*. E perciò una sostituzione pupillare non dev'essere ritenuta, quando molti eredi, tra i quali degli impuberi, siano istituiti e poi reciprocamente sostituiti secondo il caso contemplato nella L. 4, § 2, or ora esaminata (4). Questa volontà contraria si può rilevare non solo dalla diretta espressione del testatore, ma anche dal contesto di tutto l'atto. Un caso di simile interpretazione della volontà del testatore si ha nella

L. 9, C. *de inst. et subst.* (6, 25) - Quum quidam, praegnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse, postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid iuris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, quum opinabatur Papinianus ideo testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum. Si enim et suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis et luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, quum postumus minime editus fuerit, vel post eius partum mater prior decesserit.

(1) Cicerone, *Pro Caecina*, c. 18. *De orat.*, I, 39.

(2) Glossa, *Accur. ad L. 4, h. t.* Donello, *Comment. iur. civ.*, lib. VI, cap. 24, § 5 e 6. Lo stesso, *Comm. ad L. 2*, C. *de impub. et al. subst.*, n. 2 e 3. Vinnio, *Ad pr. I. de pupill. subst.*, n. 5. Lo stesso, *Select. iur. quaest.*, lib. II, cap. 24. Schrade, *Specimen ad L. 4, de vulg. et pupill. subst.* (in Thes., *Oelrichs*, II, n. 8). Manzinger, *Causa curiana*, etc. Sono di contrario avviso, Faber, *De error. Pragm. de cod.*, XXXII, err. 9, 10, *de cod.*, XXXIII. Err. 1 a 6. Connano, *Comment. iur. civ.*, lib. X, cap. 8. Wening-Ingenheim, *Beiträge zur Lehre von den substitutionem* (*Zeitschrift. f. Civilr. u. Prozess.* III, n. 6 e 7).

(3) Donello, loc. cit. Mühlenbruch, loc. cit.

(4) Vedi anche L. 45, *h. t.;* L. 2, C. *h. t.;* L. 6., *C. de test. milit.* (6, 21).

Questa legge, che ha dato luogo ad interpretazioni diverse, per cui si è creduto contenesse una eccezione alla regola generale sulla sostituzione pupillare tacita, cioè non essere questa ammessa, quando per mezzo di essa si toglierebbe la eredità alla madre sul fondamento della L. 8, C. *h. t.* e L. 6, C. *de test. milit.* (6, 21), contiene un caso singolare d'interpretazione della volontà del testatore. Imperocchè, essendo insieme al postumo istituita la madre, si credette, che il padre avesse voluto limitare in' favore della madre la sostituzione semplice volgare; tanto più, come si esprime Giustiniano: *si et suae substantiae partem uxori dereliquit.* È quindi un caso speciale da non estendersi a qualunque altro caso, in cui viene in conflitto il diritto della madre colla sostituzione pupillare. Gli esempî della L. 8, C. *h. t.* e della L. 6, C. *de test. milit.*, non fanno al caso, perchè in quei testi si parla di persone militari. Se dalla legge riportata si può ricavare una massima generale, non può essere che questa: cioè che non si avrà la tacita sostituzione pupillare, quando è manifesto e dalle parole e dall'insieme dell'atto che il testatore abbia voluto limitare la sostituzione alla sola volgare (1).

7) In questa sostituzione fino ad un certo punto non è applicabile la massima *substitutus substituto est etiam substitutus instituto;* p. e., se uno istituisce il suo figlio impubere Tizio, e a questo sostituisce pupillarmente un altro figlio anche impubere, a cui è sostituito Sempronio pupillarmente, quest'ultimo non varrà come sostituito pupillare di Tizio primo istituito.

L. 47, *h. t.* - Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede, filiam exheredavit, et si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit, sed filiae, si, antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem suam substituit, quaero, cum filia impubes prior decesserit, deinde frater eius impubes, an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris iure substitutionis pertineat? respondi: secundum ea, quae preponerentur, non pertinere (2).

### § 44. — *Effetti della sostituzione pupillare.*

Bibliografia.

Wankönig, *Zeitschrift f. Civilr. u. Process.*, xviii, 10. — Mühlenbruch *in Glück*, xlv, pag. 419. — Vangerow, § 454. — Tewes, § 47.

166. Effetti della sostituzione pupillare. — 167. Effetti nel caso che il sostituito pupillare sia anche istituito nel testamento del padre. — 168. Se il sostituito non sia istituito nel testamento del padre. — 169. Controversia pel caso quando il pupillo si fosse astenuto dalla eredità paterna; confronto della L. 42, pr. *de acq. vel omit. hered.* con la L. 28, *de reb. auctor. iud.;* opinioni degl' interpreti; nostra opinione.

**166.** Quanto alle conseguenze della sostituzione pupillare è utile vedere, se il testamento che lo contiene sia uno doppio, se costituisca una sola o due eredità, una del figlio e l'altra del padre.

Troviamo esatta l'affermazione del Keller sullo svolgimento dell'istituto della sostituzione pupillare. Egli crede che esso ebbe la sua origine dalla necessità che incombeva al testatore di lasciare dopo morto chi continuasse la sua personalità.

Tale scopo non potea raggiungersi in modo sicuro quando s'instituiva un impubere. Perchè, potendo questi morire prima di giungere alla pubertà, e quindi prima di avere la *testamenti factio activa*, si rendeva frustraneo il pensiero del testatore.

In tale previsione egli nominava un erede a se medesimo. Questo concetto diede luogo alla finzione che la patria potestà si conservasse anche al di là della tomba sul patrimonio dell'impubere. Più tardi, quando la condizione del figlio di famiglia fu mutata, in guisa che egli potesse avere un patrimonio, la sostituzione pupillare fu poggiata sul concetto che il padre faccia al figlio impubere il testamento e nomini a questi un erede se muore durante la impubertà. Con tutto ciò al tempo della classica giurisprudenza la sostituzione pupillare mantiene ancora qual cosa del suo primitivo carattere, essere cioè una funzione della patria potestà.

Appena avveratasi la condizione, cioè che l'impubere muore prima di raggiungere la pubertà, il sostituito pupillare acquista tutta intera la eredità del pupillo in virtù del testamento del padre.

L. 10, § 5, *h. t.* - Ad substitutos pupillares pertinet, et si quae postea pupillis obvenerint. Neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, quum et exheredato substituere quis possit, nisi mihi proponas, militem esset, qui substituit, heredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt.

Se il testatore abbia sostituito pupillarmente a più impuberi, al sostituito sarà devoluto la eredità quando i più impuberi contemplati nel testamento siano morti.

L. 10, C. *h. t.* - Quum quidam, duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis, adiecit, si uterque impubes decesserit, illum sibi heredem esse, et dubitabatur apud antiquos legum auctores, utrumne tunc voluerit substitutum admitti quum uterque filius eius in prima aetate decesserit, an alterutro decedente illico substitutum in eius partem succedere et placuit Sabino substitutionem tunc locum habere, quum uterque decesserit cogitasse enim patrem, primo decedente fratrem suum in eius portionem succedere; nos eiusdem Sabini veriorem sententiam existimantes non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima aetate decesserit.

Stante la doppia figura della sostituzione pupillare, cioè che essa costituisca un' eredità del figlio disposta dalla volontà del padre, e che per lo più in un solo atto vi siano due eredità, quella del padre e del figlio; si ha che alle volte le due eredità si confondono in una sola, altra volta una rimane distinta dall'altra. È da osservare i seguenti casi:

**167.** Il sostituito pupillare può essere istituito anche nel testamento del padre, e quindi:

1° Supposto il caso che alla morte del padre egli abbia accettato la eredità, morto il figlio nella impubertà, le eredità sono così connesse che il sostituito non può rinunciare alla eredità del figlio, avendo accettata quella del padre, anche quando il sostituito pupillare muoia prima dell'impubere, trasmettendo in tal caso ai suoi eredi il diritto alla sostituzione.

L. 59, *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2) - Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres

(1) Vangerow, § 453, nota 1. Pernice, *Jahrbucher Beggher*, i, pag. 239. Mühlenbruch, loc. cit., pag. 291. Elvers in *Civil. Archiv.*, 4, pag. 1. Munzincher, *Causa curiana*, pag. 22.

(2) Tewes, o. p., § 46, pag. 295. Vedi Löhr, *Archiv. f. civil. Praxis*, ix, pag. 115. Vangerow, nota 2.

necessario erit; nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati, et accrescendi iure acquiri cuicumque patris heredi, existimandum est (1).

2° Se il pupillo si è astenuto dalla eredità paterna, il sostituito non potrà rinunziare alla sostituzione, perchè coll'astensione del figlio è avvenuto il diritto di accrescimento al coerede; e, poichè secondo i termini precisi della L. 59 citata, tale astensione non può avere alcuna influenza sulla sostituzione, il sostituito non potrà ripudiare la eredità del padre (2).

3° Per lo stesso principio, quando il sostituito avesse ripudiata la eredità paterna, egli non potrà acquistare neppure quella del figlio.

L. 10, § 3, *h. t.* - Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum.

4° Se il pupillo è diseredato ed il sostituito è anche istituito *ex asse* nel testamento del padre, egli, se accetta la eredità del padre, non può ripudiare quella del figlio, ovvero bisogna ripudiare entrambe; se poi ripudia la eredità del padre, il testamento rimane *destitutum* e la eredità sarà devoluta *ab intestato.*

L. 10, § 4, *h. t.* - Si ex asse heres institutus, filio exheredato, substitutus repudiaverit patris hereditatem, quum non haberet substitutum, non poterit filii adire; nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas, nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit.

Se invece fosse al sostituito pupillare nominato un sostituito volgare, il quale accetti la eredità ripudiata dal sostituito pupillare, le due eredità debbono essere considerate distinte l'una dall'altra. È lo stesso quando fosse stato nominato un altro erede nel testamento, e questi avesse già accettato la sua porzione rilasciata nel testamento paterno. In questo caso il ripudio del sostituito produce il dritto di accrescimento in pro del coerede, come se il coerede fosse solo istituito erede (3).

5° Se poi il sostituito pupillare è nel medesimo tempo un *heres suus et necessarius* del testatore, allora egli è libero di accettare o ripudiare una o l'altra eredità.

L. 12, *h. t.* - Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres exstitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Iustius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit; etenim ius dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari debent habita ratione facultatum in Falcidia, non patris, ut alias solet, sed impuberis.

La particolarità che si trova a tal riguardo, e notata nelle ultime parole della legge, sta in ciò che in tal caso l'astensione dalla eredità paterna, porta seco anche la separazione della parte compresa nella eredità pupillare, e conseguentemente per i legati messi a carico del sostituito la quarta Falcidia dev'essere computata non sulla eredità del padre, come è di regola, ma su quella del pupillo (4).

**168.** Dato il caso che il sostituito non sia nel medesimo tempo istituito nel testamento del padre, se il pupillo unico istituito accetta o entra nella eredità paterna, le due eredità si trovano unite nel patrimonio del pupillo; morendo questo nella impubertà il sostituito non potrà pretendere di accettare la eredità del pupillo, ripudiando quella del padre. E ciò in conseguenza della regola generale che una eredità non può essere accettata in parte ed in parte ripudiata. Egli succede in tal caso ad un unico patrimonio riunito nella persona del figlio.

L. 10, § 2, *h. t.* - Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est; extitit patri filius heres; an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius; iuncta enim hereditas coepit esse.

Dall'altra parte, se il figlio è diseredato, il sostituito non ha nulla che fare con la eredità paterna.

**169.** Controverso era presso i giureconsulti romani il caso quando il pupillo si fosse astenuto dalla eredità paterna.

L. 42, pr. *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2) - Iulianus libro vigesimo sexto digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres exstitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a Marcello recte notata est, impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit; alioquin, inquit, et si frater fuit, omissa causa testamenti, ab intestato possidebit hereditatem; et quidem impune, nec enim videtur voluisse fraudare Edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris; ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet.

Questo testo rammenta che Giuliano (un Sabiniano) riteneva che il sostituito succedeva anche alla eredità paterna e quindi era obbligato a pagare i debiti ereditarii del padre; se il pupillo avesse avuto un altro erede p. e., *ab intestato*, questi non sarebbe stato obbligato rispetto agli eredi del padre, ma lo sarebbe stato se sostituito; perchè il *ius abstinendi* del figlio non toglie a questi la qualità di erede, e quindi egli rimane obbligato verso i creditori del padre.

Questa opinione fu ripudiata da Marcello, il quale ammetteva in generale, che il figlio impubere, astenendosi dalla eredità paterna, può avere un erede proprio; nè la sentenza di Giuliano sarebbe, secondo Marcello molto

(1) Vedi anche L. 20, C. *de iur. delib.* (6, 30). La limitazione che ha creduto di trovare Warkönig (*Zeitschr. f. Civilr. u. Process.*, pag. 295), cioè che la legge 59 si limiti solo al caso quando il pupillo sia diventato erede del padre, non è ammessibile per la generalità in cui è redatta la L. 59 su riprodotta. Vedi Mühlenbruch, op. cit. Sintenis, *Pract. Civilr.*, III, pag. 452. Vangerow, § 454, nota 1.

(2) Vedi Mühlenbruch, loc. cit., pag. 441. Vangerow, loc. cit., § 454, n. 1. Sintenis, op. cit., II, pag. 452. Certo questo caso ha prodotto una divergenza di opinione (vedi nota precedente); e di fatto apparentemente non essendovi una causa necessaria, perchè le due eredità debbano essere unite, la soluzione sarebbe diversa; quantochè il diritto di accrescimento dato in tutta la eredità del padre sul caso del coerede non implica la unità con quella del figlio, quindi dovrebbe essere libero al costituente di ripudiare la eredità del figlio. E ciò tanto più che la L. 20, Cod. *de iur. delib.* (6, 30) risolve appunto il caso quando il pupillo è addivenuto erede del padre. Però la legge 59 riportata è troppo generale per ammettere la opinione di Warkönig.

(3) L. 40, *de acquir. hered.* (29, 2). L. 27, § 2, *ad SC. Trebell.* (36, 1). Vedi Cuiaccio, *ad Papin.*, lib. I, cap. 4. Mühlenbruch, loc. cit., pag. 430.

(4) Vedi Vangerow, loc. cit. Mühlenbruch, loc. cit. Chesio, IV, pag. 366. Pothier, *Pand. ad h. t.*, nota 49.

favorevole all'impubere stesso, perchè chi accetterebbe di essere sostituito all'impubere, se in ogni caso sarebbe obbligato a soddisfare i debiti del padre?

Ulpiano segue la opinione di Marcello e porta questo esempio: se il sostituito fosse fratello, questi, astenendosi dalla eredità del padre e ripudiando quella del fratello, potrebbe ereditare dal fratello medesimo in qualità di erede *ab intestato*, senza cadere nell'Editto *si omissa causa testamenti*, e non essere così costretto a soddisfare i debiti del padre. Ond'è che con questo testo si è accettata nella legislazione Giustinianea la opinione di Marcello, cioè che se il pupillo si è astenuto dalla eredità paterna, il sostituito dev'essere considerato come esclusivo erede del figlio, e quindi non è obbligato a pagare i debiti del padre.

A questo testo pare contraddica la molto contrastata

L. 28, *de rebus auctor. iudicis* (42, 5) - Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem; is filius paterna hereditate se abstinuit, ideoque bona patris venierunt; postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit; quaero quum Praetor, in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, quum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos ad bona pertinent, nihil acquirat, et quum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit adiretur, nec ne pupilli hereditas, quum ea bona omissa a substituto hereditate ad creditores non pertinerent; me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum. Respondit, quod Praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat; idem in substituto filio herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam eius bona veneant. Itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventitio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At quum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris, et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris, aut filii fuerit, etiam invitus heres obbligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obbligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit; quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. Quodsi substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris, neque in bonis patris est, quod pupillus acquisiit.

Secondo il senso grammaticale di questo testo è da convenire di una aperta contraddizione con la L. 42, *de acquir. hered.*, di cui si è fatta parola. Giavoleno nel rispondere al quesito mette una decisa distinzione tra il pupillo e il sostituito; il primo, astenendosi dalla eredità paterna, non potrà essere più molestato dai creditori del padre, anche quando avesse da altri acquistata una eredità; per il sostituito invece non può applicarsi questa regola (*idem servandum non est*) ossia, acquistata la eredità del pupillo, secondo la opinione de' Sabiniani nella L. 42 citata, dev'essere obbligato verso i creditori del padre. La ragione che ne adduce non è chiara abbastanza, perchè ricorda il *ius abstinendi* dato al figlio. Il resto del testo dalle parole: *at quum substitutus* etc. sarebbe fuori la questione, parlandosi di due posizioni fuori i termini del quesito, cioè del caso in cui il pupillo si sia immischiato nella eredità paterna, e del caso in cui il sostituito abbia ripudiato quella del figlio.

Per queste considerazioni alcuni interpreti credono i due testi in antinomia ed inconciliabili, che nella legislazione Giustinianea è da ritenere la regola della L. 42 citata, e che il testo di Giavoleno sia stato per errore inserito nelle Pandette (1).

Altri al contrario hanno tentato una conciliazione, e sulla fede di alcuni antichi manoscritti credono che nel testo ultimo citato non vi debba essere la particella *non*, e leggono: *idem in substituto filio herede servandum est*, con la quale modificazione naturalmente è sparita qualunque antinomia tra i due testi (2).

Contro questa emendazione sta non solo il complesso della legge che richiede quella negazione, essendosi fatta una distinzione tra il pupillo ed il sostituito, ma v'è ancora di più l'autorità dei Basilici. Per la qual cosa altri crede che nella prima parte dalle parole: *Quod praetor*, fino alle parole: *ad eum pervenit* del responso di Giavoleno si determini la differenza in ciò che al figlio è dato il *ius abstinendi*, e non al sostituito. La vera soluzione starebbe nella parte del testo che comincia con le parole: *at quum substitutus*, e si mette molto peso all'inciso: *postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati*, che toglierebbe qualunque antinomia. Ond'è che Giavoleno risponderebbe non direttamente al quesito, dicendo che se il pupillo s'immischia nella eredità paterna, allora avviene la conseguenza essere il sostituito tenuto a pagare i debiti paterni (3).

Avverso questo sistema di soluzione si è osservato che quell'inciso probabilmente è apocrifo e rappresenta la nota o Glossa che poi per isbaglio sia stata inclusa nel testo; ma che, anche a ritenerlo autentico, questo paragrafo parlerebbe di un caso diverso. La vera soluzione, e diretta, del quesito starebbe nel periodo antecedente, proprio nella controversa particella negativa.

L'accettare una aperta contraddizione in una legislazione è sempre cosa molto grave; e non è da presumere così facilmente una leggerezza dei compilatori fino al punto d'inserire un testo in aperta contraddizione di un altro, specialmente poi in una materia in cui l'antinomia avrebbe potuto essere avvertita. Accettiamo quindi in generale l'opinione del Mühlenbruch, aggiungendo per conto nostro che non pare avere Giavoleno risposto indirettamente al quesito. Perocchè questo giureconsulto risponde al dubbio fatto dal proponente, che forma la base della sua domanda: *me illud movet unum esse testamentum*. Da questo fondamento della unità del testamento del padre e del figlio nascerebbe poi, secondo il proponente, la responsabilità del sostituito rispetto ai debiti paterni. A questo dubbio Giavoleno risponde: l'*unum testamentum*, o l'*una hereditas* si ha, non nel caso proposto, ma quando il pupillo si è immischiato nella eredità paterna ed il sostituito abbia accettata la eredità del pupillo: *at quum substitutus hereditatem adiit, postquam pupillus paternae se immiscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una sit;* donde segue che, se non vi fosse stata la *pro herede gestio* del figlio, ma questi si fosse astenuto, il testamento o la eredità del padre e del figlio non sarebbe stata confusa, ma resterebbe solo quella del figlio. Per questa via dunque Giavoleno

(1) Vangerow, II, § 454, n. 2. Huschke, *Zeitschrift. f. Civil. Recht u. process.*, n. 7, pag. 98.

(2) *Heur. a Suerin, repet. lect. iur.*, cap. 40 (Ottonis, *Thesaurus*, IV, pag. 84).

(3) Mühlenbruch *in Glück*, 40, pag. 419, ss.

avrebbe risposto al fondamento del dubbio proposto — *me maxime movet, unum esse testamentum.*

Se il pupillo fosse stato diseredato ed a lui sostituito un estraneo, anche in questo caso le due eredità debbono essere considerate divise. Non così che il testamento paterno non abbia alcuna influenza sulla sostituzione pupillare; perocchè, se colui il quale è istituito erede, essendo il pupillo diseredato, ripudia l'eredità paterna, il testamento sarà considerato *destitutum*, e quindi cade di per sè anche la sostituzione pupillare: *nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat* (1).

### § 45. — *Estinzione della sostituzione pupillare.*

170. Estinzione della sostituzione pupillare, anche durante la vita del padre; controversia pel caso che il padre o il pupillo cadesse in prigionia del nemico; cessazione della sostituzione pupillare per cause avvenute dopo la morte del padre.

**170.** La sostituzione pupillare può cessare o durante la vita del padre o dopo la morte del medesimo.

I. Cessa anche vivendo il padre, quando il pupillo muoia prima di costui.

Era controverso presso i giureconsulti romani il caso quando il padre o il pupillo o entrambi cadevano in prigionia del nemico.

*a*) Se il padre solo fosse caduto in prigionia del nemico e non fosse più ritornato, si credeva da qualcuno che cessasse la sostituzione pupillare richiedendo questa che il pupillo fosse rimasto sotto la patria potestà fino alla sua morte. Però quest' opinione fu ripudiata da Papiniano nella

L. 10, *de captivis et postlim.* (49, 15) - Pater instituto impuberi filio substituerat, et ab hostibus captus ibi decessit; postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur, neque tabulas secundas in eius persona locum habere, qui vivo patre sui iuris effectus fuisset; verum huic sententiae refragatur iuris ratio, quoniam, si pater, qui (non) rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.

E dunque l'applicazione pura e semplice della *fictio legis Corneliae*, perocchè se il padre dev' essere ritenuto morto mentre cadeva in prigionia del nemico, è evidente che la sostituzione pupillare mantiene tutta la sua forza (2).

Anche se il pupillo fosse morto prima della effettiva morte del padre presso il nemico, la sostituzione vi rimane, ammenochè morto il figlio il padre ritorna; perchè allora, riacquistando questi tutti i suoi antichi diritti, il figlio è morto sempre prima del padre, e quindi cessa la sostituzione.

L. 11, *eod.* - Quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit, sive quoniam vivo patre filiusfamilias mori intelligitur, sive quoniam non reverso eo exinde sui iuris videtur fuisse ex quo pater hostium potitus est.

*b*) Se il figlio solo cade in potestà del nemico è da distinguere, se la prigionia succede dopo o prima la morte del padre. In primo caso la sostituzione pupillare rimane, appunto per la finzione della legge Cornelia essendo il prigioniero morto mentre cadeva in potestà del nemico.

L. 10, § 1, *eod.* - Si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus, inpromtu est dicere, legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse; et ideo non esse alienum, Praetorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et utiles actiones in hereditatem substituto dare (3).

Se poi la prigionia del figlio avviene durante la vita del padre, la sostituzione pupillare cessa come se il figlio fosse morto di morte naturale (4).

Se entrambi, padre e figlio, cadono nel medesimo tempo in prigionia del nemico, allora si applica la massima del diritto riconosciuta per i commorienti, cioè che il padre come pubere sia morto dopo del figlio, e quindi cessa la sostituzione. Se invece entrambi ritornano, allora riprendono entrambi per il *ius postliminii* l'antica posizione giuridica, ed è quindi applicabile la regola generale. Se poi solo il padre ritorna, la sostituzione cessa, come essa rimane, se invece torna il figlio ed il padre resta e muore in prigionia.

L. 11, *de captivis et postlim.* (49, 15) - Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat, sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset (5).

Molto controverso è il caso quando il padre ed il figlio cadono in prigionia del nemico non simultaneamente, ma prima il padre e poi il figlio. La controversia nasce dalla difficile interpretazione della L. 29, *h. t.* di Scevola.

Su questo testo, che pare contraddica a un principio fondamentale della legge Cornelia, si sono manifestate varie e contraddittorie opinioni, le quali hanno reso molto più oscura una legge che non è così fino al punto da far dire ad uno scrittore queste parole: *Per me licet, emendet qui velit; negare tamen nequeo non emendata Scaevolae verba mihi clariora videri, quam emendata* (6).

Il fondamento della finzione della legge Cornelia consiste in ciò che il prigione di guerra potrebbe avere per erede chi sarebbe stato erede, se non fosse caduto in prigione del nemico, ma essa finzione non suppone che il prigione si consideri morto per tutto il tempo che

(1) L. 2, § 1, *h. t.*

(2) Vedi anche L. 28, *h. t.*

(3) Sull'interpretazione di questa legge, e perchè in questo caso sono concedute le azioni utili anzichè le dirette vedi Mühlenbruch, loc. cit. Confr. Vieling, *Lection. iur. civ.*, lib. I, cap. 24. Kellinghusen, *De legib. nonnullis romanor.*, cap. 4. Caldera, *Variar. lection.*, lib. IV, cap. 7 (Thesaurus, *Meermann*, III, pag. 672). Faber, *Coniect.*, lib. III, cap. 9. L. 28, *h. t.* « sed si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode dicitur, hereditatem ex ea lege ad substitutos pertinere; si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat. Quare etiam pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filii ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet.

(4) Vedi nota precedente, Mühlenbruch, loc. cit.

(5) Sull'interpretazione di questo testo così chiaro vedi Schulting, *Ad h. t.*, VII, pag. 537. Faber, loc. cit. Jauch, *De negationibus Pand. Florent.*, cap. 17, pag. 303, ss. Mühlenbruch, loc. cit.

(6) Marckart, *Probabil. lect. iur. civ.*, P. I, pag. 141. Vedi Faber, *Coniectur.*, lib. X, cap. 7. Cuiaccio, lib. 29, *quaest. Papin.* (o. p., IV, pag. 785).

sta presso del nemico, tanto più che il prigione potrà riprendere tutti i suoi diritti, se ritorna; e quindi, fino a tanto che questo ritorno è possibile, la sua eredità non è deferita. Se si considera che al tempo di Scevola i figli di famiglia, specialmente impuberi, non potevano avere un proprio patrimonio, la decisione di Scevola apparisce chiara. Imperocchè se entrambi, padre e figlio, muoiono in prigionia, il pupillo prigione non può acquistare un patrimonio per eredità, e perciò egli non può avere eredi, ma solo il padre può lasciare eredità sia ab intestato sia secondo il testamento fatto prima di essere prigioniero. Ecco perchè Scevola rileva che anche la morte del padre avvenuta prima di quella del figlio non può avere altro risultato; solo se il figlio ritorna, gli antichi rapporti riprendono il loro vigore; stantechè per lui vi è il *ius postliminii*, cioè la finzione che egli non fosse stato mai prigione del nemico. In conseguenza di ciò egli è erede del padre, e, se muore nella impubertà, la sostituzione pupillare rimane (1).

Cessa la sostituzione pupillare quando il figlio esce dalla patria potestà del padre, quindi in caso che sia emancipato o dato in adozione.

II. Cessa la sostituzione pupillare per cause dopo la morte del padre.

1° Quando manca la condizione insita nella sostituzione medesima, cioè quando l' impubere raggiunga la pubertà.

2° Quando dopo la morte del padre si fa arrogare. È quistione però se, nonostante l'arrogazione avvenuta, per le condizioni imposte da Antonino Pio all'arrogazione dell'impubere, possa continuare ancora la sostituzione pupillare fatta dal padre naturale, almeno in quello che formava il patrimonio dell'impubere prima dell'arrogazione. In effetti questo imperatore permise l'arrogazione dell'impubere con molte limitazioni, tra le quali quella importantissima che il padre arrogatore dovesse prestare cauzione, in caso il pupillo morisse nell'impubertà, di restituire tutto il patrimonio di lui a chi sarebbe caduta l'eredità in caso che egli non fosse stato arrogato (2).

Quindi si afferma: dato che il pupillo, a cui fu sostituito un altro, muoia nella impubertà, il padre arrogatore dovrebbe restituire il patrimonio dell'impubere al sostituito, perchè a lui cadrebbe l'eredità dell'impubere, se questi non fosse stato arrogato. Ciò è stato affermato sulle basi di varie leggi (3).

Si è osservato però che ciò sarebbe una anomalia, perchè l'impubere, quanto alla sostituzione, è riputato come se fosse ancora sotto la potestà del padre naturale, cioè che non potrebbe essere concepito come arrogato, essendo sottoposto alla patria potestà di un altro. Ora, si dice, è impossibile che nella stessa persona possano concorrere due patrie potestà.

Ad evitare tale obiezione si risponde con ragione che appunto nell'arrogazione dell'impubere le disposizioni prese a favore di lui da Antonino Pio non hanno nulla di normale. Volendo portare una certa armonia tra questi principii in conflitto tra loro si è stimato, e credo sia stato anche pensiero dei giureconsulti romani, che gli eredi dell'impubere, e quindi anche il sostituito, non pretendono dal padre arrogatore il patrimonio dell'impubere in virtù del testamento, ma a causa dell'obbligazione assunta da costui verso di loro per mezzo della cauzione. Quindi l'azione, che al sostituito competerebbe, non sarebbe la *petitio hereditatis*, ma una *utilis actio ex stipulatu*. Tutto quello che nelle leggi si dice dei legittimi eredi dell'impubere va applicato pure ai sostituiti, perchè in quelle leggi si suppone il caso ordinario, quando non vi è sostituzione pupillare.

3° Si estingue ancora la sostituzione quando il testamento del padre è nullo (4), salvo che esso addivenisse invalido solo in parte, o che si fosse domandata la *bonorum possessio secundum tabulas*. Non si estingue quando un terzo ripudia dolosamente la eredità in pregiudizio del sostituito, nè quando l'erede ottenne la restituzione in *integrum* contro l'adizione della eredità.

L. 2, § 3, *h. t.* - Ego, etiamsi minor viginti quinque annis adeundae hereditatis causa fuerit restitutus, puto proficere secundis tabulis, ut Praetor utiles actiones decernat substituto (5).

Se il padre non ha istituito nè debitamente diseredato un *suus heres*, se il testamento è impugnato con la querela *nullitatis ex iure antiquo*, cessa anche la sostituzione pupillare, però essa vi resta, se si domanda la *bonorum possessio contra tabulas*.

L. 34, § 2, *h. t.* - Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt (6).

Questa regola però non vale quando lo stesso sostituito domandò la *bonorum possessio contra tabulas*, perchè in questo caso egli perde il diritto alla sostituzione medesima.

L. 22, *h. t.* - Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione.

4° Cessa inoltre se il padre abbia fatto un altro testamento, perchè in tal caso la sostituzione cade col primo testamento.

L. 16, § 1, *h. t.* - Si suo testamento perfecto alia rursus hora pater filio testamentum fecerit adhibitis legitimis testibus, nihilo minus id valebit, et tamen patris testamentum ratum manebit. Nam et si sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpetur. Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, si vivo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius praeteritus sit.

5° Finalmente il sostituito sotto pena di decadenza dalla sostituzione nell'anno dalla morte del testatore doveva domandare un tutore per il pupillo; se ciò non fosse stato fatto, si estingueva la sostituzione pupillare.

L. 10, C. *de legit. hered.* (6, 58) - Sciant qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam.

### § 46. — *Della sostituzione quasi pupillare.*

Bibliografia.

Unterholzner, *Ueber die quasi pupillaris substitutio* (*Archiv. f. Civil. Praxis*, III, n. 5). — Löhr, *Ueber die Wir-*

(1) Mühlenbruch, op. cit., pag. 457, ss.

(2) Vedi su questo testo Cuiaccio, libro VI, *Resp. Papin. ad h. l.*

(3) § 3, *Inst. de adopt.* (1, 11). L. 18-20, *de adopt.* (1, 7).

(4) L. 40, *h. t.*; L. 19, pr.; L. 20, *de adopt.*; Cuiaccio, *Quaest. Papin. ad L.* 40, *h. t.*

(5) L. 2, § 1; L. 15, § 4; L. 16, § 1, *h. t.*

(6) L. 8, § 5, *de inofficioso testamento* (5, 2).

*ckungen der quasi pupillaris substitutio, ibid.*, v, n. 3; iv, n. 7. — Zimmern, *Ein Beiträge zur Lehre von der quasi pupillaris substitutio, ibid.* ii, n. 28. — Thibaut, *Ueber der Swecyund die fortdauwer der quasi pupillar. substitution., ibid.*, v, n. 13; x, n. 10. — Haimberger, *Ein Beitrag zur Lehre von der quasi pupillaris substitution, ibid.*, xii, n. 13. — Düffer, *Ad constitutionem 9, Cod. de impub. et al. substitut.*, Halis 1848. — Mühlenbruch *in Glück*, xl, pag. 475, xli, pag. 1, ss. — Vangerow, op. cit., § 456. — Arndts, *In Rechtslexicon*, x, pag. 672, ss.

171. Nozione della sostituzione quasi pupillare; differenza tra questa e la pupillare. — 172. Conseguenze della sostituzione quasi pupillare. Se il sostituito erediti tutto il patrimonio del mentecatto o la sola quota derivante dal sostituente; controversia; soluzione.

**171.** La sostituzione quasi pupillare, o altrimenti sostituzione esemplare, è una istituzione di erede nel caso che il figlio pubere istituito non possa testare per essere affetto da una malattia mentale o da qualche altro simile vizio. Essa ha efficacia finchè dura nell'istituito l'incapacità di testare, cioè quando esso istituito muoia nel furore o nella demenza.

Prima di Giustiniano avveniva che l'Imperatore dava al padre un privilegio speciale di sostituire al figlio mentecatto, muto, ecc. un altro in caso che il figlio morisse affetto da un vizio simile.

L. 43, pr. *de vulg. et pupil. subst.* - Ex facto quaeritur: qui filium habebat mutum puberem, impetravit a Principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium, mutus duxit uxorem post mortem patris, et nascitur ei filius; quaero, an rumpatur testamentum? Respondi, beneficia quidem principalia ipsi Principes solent interpretari, verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseverat; et ut quemadmodum iure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam et si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, quum resipisset, quia iam posset sibi testamentum facere; etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamenti factionem homini sanae mentis. Igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem instituere ipse filius postea, an iure habere coeperit suum heredem; nec enim aut patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem, utrum in personam unius an conplurium.

Giustiniano ordinò in una costituzione una terza specie di sostituzione, dando non solo al padre, ma anche a tutti gli ascendenti, il potere di sostituire al discendente pubere afflitto da malattia mentale, un altro per il caso che il discendente morisse nella demenza. Questa sostituzione fu ordinata ad *exemplum pupillaris substitutionis*, onde il nome di sostituzione quasi pupillare o anche esemplare.

Tutta la teoria di questa sostituzione si compendia nella

L. 9, C. *de impuber. et aliis substit.* (6, 26) - Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium vel nepotem vel pronepotem cuiuscumque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis, mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat, liceat iisdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris, nulla querela contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset, vel si filii aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes, substituere. Sin vero etiam alii liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum, unum vel certos vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet.

Questa sostituzione differisce dalla pupillare in quanto non determina la sostituzione per l'impubere, ma si riferisce ad un uomo pubere, ma incapace a testare per vizio di mente.

Non essendo un diritto nascente dalla patria potestà, la sostituzione quasi pupillare può farsi non dal solo padre di famiglia, ma da qualunque ascendente del pubere, sia la madre, sia l'avo paterno o materno.

È richiesto per altro che il mentecatto sia immediato discendente, ossia primo erede *ab intestato* dell'ascendente. Il nipote o pronipote dev'essere nella posizione di un figlio come nella sostituzione pupillare; ciò che si rileva dalla disposizione che l'ascendente deve lasciare al discendente la *legitima portio*. Per questa immediata relazione basta che il discendente mentecatto sia diventato discendente immediato del testatore dopo la fazione del testamento (1).

Anche in questa sostituzione l'ascendente che sostituisce deve fare un testamento per sè.

A differenza della pupillare il testatore in questa sostituzione non è libero a scegliere chiunque per sostituito, ma è limitato a nominare gli eredi più prossimi del mentecatto, solo ha il potere di sceglierne alcuni di essi. Se poi non vi siano eredi prossimi del mentecatto, il testatore è libero di scegliere per sostituito chiunque volesse.

Il testatore nell'istituire il mentecatto deve lasciargli almeno tanto quanto eguagli la sua porzione legittima.

È condizione indispensabile della sostituzione quasi pupillare lo stato perenne di demenza; di guisa che appena questa cessa o vi è un lucido intervallo, essa si estingue *ipso iure*.

**172.** Quanto alle conseguenze il sostituito non eredita tutto il patrimonio del demente, ma solo quella quota o quel patrimonio che quest'ultimo abbia ereditato dal suo ascendente a differenza del sostituito pupillare, il quale eredita tutto il patrimonio del pupillo.

Questa ultima differenza è molto controversa, ritenendo moltissimi che, come nella sostituzione pupillare, il sostituito quasi pupillare acquista tutto il patrimonio del mentecatto. E ciò per la ragione che Giustiniano ha modellato questa sostituzione sulla pupillare, come rilevasi dalle parole: *ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere* (2).

Quest'opinione, benchè apparisca conforme alla lettera della costituzione innanzi riportata, pure non è da accettare.

Innanzi tutto la sostituzione pupillare è un *ius singulare*, e quindi non si può accettare una completa analogia con la sostituzione pupillare.

In secondo luogo, ammessa pure la stretta analogia tra i due istituti nelle parole *ad exemplum pupillaris substitutionis*, il paragrafo delle Istituzioni, dove quelle

(1) L. 41, § 2, *h. t.*

(2) Thibaut, *Syst.*, § 838. Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 686. Hunger, *Erbr.*, pag. 298, n. 1. Franke, *Notherbrecht*. Heimberger, § 345, nota 10.

parole sono inserite, devono intendersi secondo lo spirito della costituzione Giustinianea, per la quale l'analogia è ammessa soltanto per l'esperimento della *querela inofficiosi testamenti: ad exemplum pupillaris, nulla quarela contra testamentum eorum oriatur.*

È poi vero che le parole delle Istituzioni hanno un significato estensivo? A noi non pare.

Giustiniano con quelle parole ha voluto solo esprimere che la sostituzione quasi pupillare si assomiglia alla pupillare pel suo fondamento giuridico, mirando ambedue a non far morire l'istituito senza testamento, ammessa la incapacità a ciò fare. Egualmente quelle parole vogliono intendere che, cessando la causa della sostituzione sia col raggiungere la pubertà in un caso, o col riacquistare la intelligenza nel secondo, la sostituzione cessa. Dall'altra parte ammesso i due tipi della sostituzione, cioè la volgare e la pupillare, la quasi pupillare è stata istituita sul tipo della pupillare. Ma con questo Giustiniano non ha voluto totalmente parificare le due sostituzioni. La quasi pupillare, tuttochè fatta a somiglianza della pupillare, pure ha indole e natura propria, come si vede, sia nella qualità delle persone che sostituiscono, sia in quella delle persone chiamate a sostituire. In effetto, se è possibile nella pupillare di concepire nel testatore il potere di disporre del patrimonio altrui in virtù della *patria potestas*, ciò non è concepibile nella sostituzione quasi pupillare, potendo nell'ascendente non esservi patria potestà. Questa opinione rende possibile la concorrenza di più sostituiti quasi pupillari nominati da diversi ascendenti, perchè ciascuno acquista il solo patrimonio lasciato dal testatore da cui fu chiamato a sostituire; mentre se i diversi sostituiti pupillari dovessero ciascuno acquistare non solo il patrimonio lasciato dal testatore, ma anche quello proprio del mentecatto, nascerebbe tra loro un conflitto d'interessi d'impossibile soluzione, tanto che tale impossibilità ha fatto dividere i fautori dell'avversa opinione in diversi pareri. Ciò mostra naturalmente la inesattezza della loro dottrina (1).

## § 47. — *Della nullità dei testamenti.*

BIBLIOGRAFIA.

T., *Inst. quibus modis testamenti infirmantur* (2, 17). — T., D. *de iniusto, rupto, irrito facto testamento* (28, 3); *de his, quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur* (28, 4). — Mühlenbruch *in Glück*, XXXVIII, pag. 118, ss.; pag. 168, ss.; XXXIX, pag. 1, ss.

173. In quanti modi il testamento può essere nullo o rescindibile. — 174. I. *Testamentum nullum vel iniustum;* in quali casi avviene la nullità. — 175. Se il testamento nullo può essere riconosciuto dagli eredi intestati; soluzione negativa; interpretazione della L. 17, *de iniusto rupto test.*; interpretazione delle LL. 3, *de L. Corn. de falsis*; 3, *de hered. pet.* — 176. *Quid* se si fa una transazione su di un testamento nullo; interpretazione delle LL. 3, pr. *de transaction.* e 14, *eod.* — 177. II. *Testamentum irritum; bonorum possessio* in causa della *capitis deminutio minima;* quando essa era *cum re.* — 178. III. *Testamentum destitutum;* se, mancando gli eredi istituiti per ripudio, la eredità possa essere acquistata dai legatari; interpretazione della Nov. 1, cap. II. — 179. IV. *Testamentum ruptum;* in quanti modi si può rompere il testamento. — 180. Revocazione, condizione; perchè il testamento possa essere revocato; se la revoca avviene in parte; la revocazione verbale non è valida; nuovo modo di revoca di Onorio. — 181. Revoca col redigere un secondo testamento; quando avviene e quando no. — 182. V. *Testamentum inofficiosum.*

**173.** Il testamento può essere nullo *ipso iure* ovvero può essere rescindibile.

Si riconoscono cinque classi di testamenti nulli, cioè: 1° *Testamentum nullum;* 2° *Testamentum ruptum;* 3° *Testamentum irritum;* 4° *Testamentum destitutum;* 5° *Testamentum rescissum.*

**174.** I. Dicesi *nullum vel iniustum testamentum* quando le cause di nullità sussistono al tempo della formazione di esso. In tal caso il testamento non esiste affatto, e quindi la eredità *ipso iure* è deferita *ab intestato.* Un testamento nullo non può per nessuna ragione diventar valido *tractu temporis*, neppure col riconoscimento da parte degli eredi intestati per la nota massima: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, ovvero: *quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest* (2).

1° È nullo fin da principio un testamento quando il testatore manca della *testamenti factio activa.*

2° Quando non si sono adempiute nella formazione del testamento le solennità volute dalla legge.

3° Quando manca la istituzione di erede.

4° Quando tutte le istituzioni stabilite nel testamento erano nulle fin dal momento della fazione del testamento medesimo.

La nullità delle istituzioni trae seco quella anche dei legati, non così se la nullità riflette i legati, perchè rimangono salde le istituzioni.

**175.** Vi è una dottrina che pretende potere il testamento nullo essere riconosciuto dagli eredi intestati ed avere perciò tutte le sue conseguenze. Questa opinione quasi generalmente accolta si oppone al principio fondamentale sancito nelle LL. 29 e 210, *de reg. iur.* innanzi riportate.

Il testamento nullo, quello cioè in cui mancano le condizioni indispensabili alla sua esistenza, non è mai esistito, quindi non si può concepire per esso conferma, ratifica o altra forma di riconoscimento che ne possano mantenere in piedi le conseguenze. E qui torna a proposito rammentare l'arguto detto di Averanio: *Aeger potest convalescere, mortuus potest reviviscere; sed qui nunquam natus est, neque convalescere potest, neque reviviscere* (3).

L. 2, § 1, *test. quem. apert.* (29, 3) - Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est; sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

Dall'altra parte se il testamento è rescindibile, esso esiste non ostante la sua rescindibilità; ovvero quando la nullità riflette solamente i legati, i fedecommessi, l'erede intestato o testamentario può riconoscere ed eseguire tale testamento.

L. 16, § 1, C. *de testament.* (6, 23) - Illud etiam adiicendum est, ut, qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit, et si voluntas defuncti circa legata seu fedeicommissa, seu libertates, legibus non sit subnixa, tamen, si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.

(1) Vangerow, loc. cit., § 456. Puchta, § 479. Löhr, *Archiv. f. Civil. Praxis*, v, n. 3, IX, n. 7. Tewes, § 48.

(2) L. 29-210, *de reg. iur.* (50, 17). § 1, *Inst. quibus non est permiss. fac. test.* (2, 12).

(3) Averanio, *Interpr. iur.*, I, lib. 1, cap. 10, n. 7.

Lo stesso principio è sanzionato per il testamento inofficioso.

L. 23, § 1, *de inoff. testament.* (5, 2) - Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas, scientes eos heredes esse aut conduxerunt praedia, aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi, quod testatori debebant, iudicium defuncti agnoscere videntur, et a querela excluduntur (1).

Una vera difficoltà a questa dottrina s'incontra nella

L. 17, *h. t.* (28, 3) - Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

La istituzione e la deseredazione di un *heres suus* appartiene ad una delle formalità interne del testamento, e la mancanza dell'una e dell'altra disposizione non fa il testamento solo rescindibile, ma lo rende addirittura nullo; quindi secondo il testo citato non sono dovuti neppure i legati. Ciò però, aggiunge la legge, quando il figlio preterito eserciti contro il testamento la *querela nullitatis*. Ma se invece vi rinunzia (il che può essere interpretato che riconosce la volontà del padre), sebbene pel principio rigoroso il testamento sarebbe sempre nullo, pure si può mantenere in piedi per equità eseguendo la volontà del testatore, ciò che sarebbe contrario alla dottrina che sosteniamo.

Tutta la difficoltà sparisce, quando si consideri che il principio di equità non riflette solo il mantenere le disposizioni testamentarie, essendo nullo il testamento, ma a mantenere tutto il testamento convertendolo in un altro istituto riconosciuto dalle leggi.

In effetto quando il *suus heres* rinunciava al diritto d'impugnare il testamento, il testamento, che *stricto iure* era nullo, si poteva convertire nella *bonorum possessio secundum tabulas*, come vedremo in seguito.

E vero che l'erede *ab intestato* cui spetta la eredità, annullato il testamento, può, accettandola (e può accettarla col prendere disposizioni sulle cose ereditarie), trasmettere ad altri il suo diritto.

Però l'erede istituito nel testamento nullo acquisterà la eredità non in forza dell'atto testamentario che non sussiste giuridicamente, ma *ex nova causa*, cioè dal fatto della volontà dell'erede legittimo costituendo o una *venditio hereditatis*, ovvero una liberalità. La sola rinunzia farebbe devolvere la eredità al prossimo erede legittimo.

Nè a questa dottrina fanno ostacolo la

L. 8, *de hered. petit.* (5, 3) - Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, iudicium testatoris secutus est.

e la

L. 3, *de L. Cornelia de falsis* (48, 10) - Qui ignorans falsum esse testamentum, vel hereditatem adiit, vel legatum accepit, vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur (2).

Queste leggi raffermano il principio generale, cioè che il riconoscimento di un testamento non implica la perdita dell'azione per impugnarlo, ma pone la circostanza che, chi abbia diritto ad opporsi al testamento nell'atto di riconoscimento, ne avesse ignorato il vizio di nullità. Donde poi si deduce che se l'erede legittimo avesse riconosciuto il testamento nella conoscenza del vizio, egli perderebbe il diritto ad impugnarlo.

Questa conseguenza però, frutto, come si vede, d'un *argumentum a contrario*, è esagerata, perchè confrontando le leggi citate con la L. 5, § 1, *de his quae ut indig.* (34, 9) e con la L. 43, *de her. pet.* (5, 3) si scorge come non qualunque scienza del vizio, ma il dolo, la calunnia, il riconoscimento fatto allo scopo di rendere peggiore la condizione dell'erede testamentario fa perdere all'erede legittimo il diritto ad impugnare il testamento. Quindi a causa di una pena e non per il solo riconoscimento, diretto o indiretto che sia, fa perdere all'erede legittimo il diritto ad impugnare il testamento (3).

In conclusione il riconoscimento di un testamento nullo non può dar vita al testamento medesimo; in caso che la rinunzia è fatta in favore dell'erede testamentario, su quest'atto vi è una vera trasmissione della eredità dal vero erede, l'erede *ab intestato*, all'erede testamentario con gli stessi principii ed effetti come nella *venditio hereditatis* (4).

**176.** Da questi casi si distingue l'altro, quando una quistione di eredità tra l'erede istituito e l'erede *ab intestato* venga decisa per transazione; sul qual caso due testi di Scevola sembrano tra loro in contraddizione, ed hanno dato motivo a molte difformi interpretazioni (5).

Infatti la L. 3, pr. *de transact.* (2,15) così si esprime:

Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: privatis pactionibus non dubium est non laedi ius ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debent negligentiam suam ad alienam iniuriam referre.

Al contrario nella L. 14, *eod.* si dice:

Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta certa lege finita est; quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit utilibus conveniendus est.

Secondo il primo testo adunque i legatarii debbono rivolgersi all'erede testamentario; per l'altro i creditori possono dirigersi colle azioni utili egualmente contro l'erede testamentario ed il legittimo.

La distinzione tra legatarii ed eredi non decide, poichè quell'esempio di legato nella prima legge è messo nel senso di peso dell'eredità. La differenza vera da fare è tra il testamento nullo ed il testamento rescindibile. Il primo testo tratta di un caso di testamento rescindibile; e perciò i legatari o anche i creditori debbono convenire l'erede istituito, non essendosi più rescisso il

(1) Vedi L. 8, § 10; L. 12, § 2; L. 32, § 1, *de inoff. testament.* (5, 2); L. 31, pr. *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6).

(2) Vedi anche L. 3, C. *ad L. Corneliam de falsis* (8, 22); L. 8, C. *de iuris et facti ignorantia* (1, 18); L. 46, *de bon. lib.* (38, 2).

(3) Dedekind, *Letztwill., Anordnungen*, § 2, pag. 12, ss. De Crescenzio, *La dottrina della conferma e della ratifica*, 1885, pag. 23, ss.

(4) Keller, *Pand.*, II, § 497. Vangerow, *Pand.*, II, § 457. Sintenis, *Pract. Civilrecht.*, III, § 180. Dedekind, op. cit. De Crescenzio, l. cit.

(5) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXVIII, pag. 124.

testamento a causa della transazione. L'altro testo invece suppone una transazione avvenuta sul testamento nullo, e perchè si è detto innanzi che qualunque atto dell'erede legittimo non potrà mai rendere valido un testamento nullo, ma potrà, tale atto trasmettere tutto o parte il diritto appartenente all'erede legittimo, Scevola fa questa domanda: contro chi debbono rivolgersi i creditori? risponde che se essi fanno parte della transazione: *id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset;* invece se non fecero parte della transazione, a causa della incertezza, che è base della transazione, i creditori si possono rivolgere contro l'erede testamentario e l'erede legittimo. Da ciò si rileva ancora che il riconoscimento di parte o di tutto il testamento avviene sempre sopra una base contrattuale, rispetto ai terzi però si presenta come erede colui il quale di fatto riceve parte dell'eredità. Se al contrario il riconoscimento o una transazione qualunque dovesse mantenere assolutamente le disposizioni testamentarie, non si spiegherebbe il responso di Scevola, perchè, secondo quel sistema da noi combattuto, i creditori dovrebbero rivolgersi contro l'erede testamentario.

177. II. *Testamentum irritum.* Il testamento valido fin dal principio può annullarsi in seguito. In generale quando dopo la fazione del testamento la *testamenti factio attiva* si perde, il testamento vi resta; p. e., se il testatore addiviene demente, muto, ecc., il testamento per questo fatto non si annulla.

§ 1, *Inst. quibus non est permiss. facere test.....* - Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente; nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor interveniens perimit.

§ 2, *eod.* - Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ei flat, ratum est.

§ 3, *eod...* - Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus, aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus eius permanet testamentum.

Se la *testamenti factio* avviene a causa del mutamento di stato, per qualunque delle tre *capitis deminutiones*, il testamento addiviene *irritum* e quindi nullo.

L. 6, § 5, *h. t.* (28, 3) - Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve partecipandum (1).

In due casi non segue nullità per diminuzione di capo: quando colui che era stato fatto prigioniero del nemico dopo aver fatto il testamento ritorna; perchè, a causa del *ius postliminii*, il testamento non ha cessato mai di essere valido; ovvero quando il prigioniere muore nella prigionia, perchè per la *fictio legis Corneliae* il testamento è ritenuto valido, fingendosi il prigioniere morto mentre cadeva prigione.

L. 6, § 12, *h. t.* - Quatenus tamen diximus, ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adiiciendum est, postliminio reversi vires suas recipere iure postliminii, aut si ibi decedant lege Cornelia confirmari. Ergo et si quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis sit restitutus, testamentum eius convàlescet (2).

Da questi due casi in fuori il testamento *irrito* rimane nullo, anche quando il testatore avesse di poi riacquistato lo stato suo e fosse ridivenuto capace.

Per colui che, dopo aver testato, soffre la *capitis deminutio minima*, ma di poi riacquistava la condizione di *sui iuris*, vi era un'altra eccezione; per il testamento fatto prima della *capitis deminutio*, il diritto pretorio concedeva la *bonorum possessio secundum tabulas*.

§ 6, *Inst.*, *h. t.* (2, 17) - Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio iure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere (3).

Questa *bonorum possessio* è in generale *sine re:* essa è *cum re* nei seguenti casi.

1°) Quando non vi sono eredi civili *ab intestato*, ovvero quando quelli che vi sono ripudiano la eredità, ovvero mancano prima di adirla.

Ulp., *Frag.*, XXIII, 6 - Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet iure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus iusta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit; quam bonorum possessionem cum re, id est cum effectu, habent, si nemo alius iure heres sit (4).

2°) Si ha lo stesso quando il *bonorum possessor* è il più prossimo erede *ab intestato*.

L. 12, pr. *h. t.* - Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. *Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum*, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

3°) Si ha finalmente la stessa *bonorum possessio cum re* quando il testatore, dopo riacquistata la potestà sua, ha espressamente dichiarato di voler confermare il testamento.

L. 11, § 2, *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11) - Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris affectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas reliquerent. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, aestimatur (5).

(1) § 4, *Inst. h. t.* (2, 17); L. 13, *h. t.*, confr. L. 4, § 5, C. *de hered.* (1, 5).

(2) § 5, *Inst. quib. mod. est permiss. fac. test.* (2, 12); L. 12, *qui test. fac. poss.* (33, 1); L. 18-18, *de capt. et post.* (49, 15).

(3) L. 1, § 8, D. *de bon. possess. sec. tab.* (37, 71). Gai, *Inst.*, II, n. 147. Ulp., XXIII, n. 6.

(4) Vedi Ulp., *Fragm.*, XXVIII.

(5) Vedi Leist, *Bonorum possessio*, II, pag. 270. Fein *in Glück*, XLIV, pag. 62. Sintenis, op. cit., III, pag. 474. Confr. Fabricius, *Ursprung der bonor. possess.*, pag. 136. Mühlenbruch *in Glück*, XXXIX, pag. 26.

**178.** III. Quando gli eredi istituiti ripudiano la eredità, ovvero per un caso qualunque mancano prima di adirla, il testamento addiviene allora *destitutum* o *desertum*, e quindi, non potendo esistere testamento senza istituzione di erede, tutto il testamento è nullo, e per ciò sono nulle tutte le disposizioni in esso contenute, come legati, fedecommessi, manomissioni, ecc.

Pr. *Inst. de heredit. quae ab intest. defer.* (3, 1) - Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit. — § 7 - Quum autem quaeritur, an quis suus heres existere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse: quod accidit et destituto testamento (1).

In un sol modo un simile testamento può essere mantenuto, quanto ai legati ed altre disposizioni, se vi fosse una clausola codicillare, perocchè allora esso testamento potrà valere come un codicillo *ab intestato*, altrimenti tutto il contenuto è di nessun momento.

L. 9, *de testament. tutel.* (26, 2) - Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt: si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent, nec expectandum erit, ut omnes hereditatem adeant.

Alcuni interpreti hanno preteso che nel nuovissimo diritto Giustinianeo, quando gli eredi istituiti mancano alla eredità per repudio, in mancanza di coeredi o di sostituiti, i fedecommissari universali, i legatari, manomessi testamentari possono adire la eredità e diventare eredi testamentari; in mancanza di essi la eredità sarebbe devoluta agli eredi *ab intestato*, in mancanza anche di questi, chiunque potrebbe acquistare una simile eredità. e finalmente sarebbe devoluta al fisco. Si è creduto che una simile dottrina fosse stabilita nella Novella 1ª in fine del cap. 2°.

Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quaedam iuste, et pie relinquenti, lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem, et non videri sine lucro huiusmodi esse hereditatem: aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis, et coheredibus et fideicommissariis, et legatariis, et servis, et iis, qui ab intestato sunt, et aliis secundum prius a nobis inventam in talibus viam.

e questo in rapporto con l'Epitome di Giuliano, novella constituzione 1ª, cap. 2.

Alioquin, si sciens, quantum habeat parsimoniam, specialiter expresserit, ut non liceat heredi falcidiae legis beneficio uti, necesse est voluntatem ipsius tenere. Et si quidem adire maluerit hereditatem, omnimodo legata et fideicommissa persolvat. Si autem ripudiaverit hereditatem, locus fiat substitutis ecc.

Questa strana determinazione, secondo alcuni scrittori, sarebbe penetrata nella legislazione Giustinianea per mezzo del diritto consuetudinario e stabilirebbe un ricordo della Legge Giulia e Papia Poppea, del Senato consulto Pegasiano, ecc. (2).

In vero la Nov. 1ª citata non tratta che di un caso speciale, cioè che quando il testatore abbia proibito all'erede di sottrarre la quarta Falcidia, egli per pena perde la eredità in favore dei legatari fedecommissari, ecc., e riguarda un punto in cui l'erede sia già entrato nella eredità e voglia sottrarre la quarta Falcidia. Una tale disposizione costituisce dunque una pena e quindi non si può estendere la disposizione ad ogni caso di ripudio dell'eredità.

Ciò si rende manifesto dall'insieme di tutta la novella 1ª (3).

**179.** IV. *Testamentum ruptum.* Il testamento il quale, valido fin dal principio, diviene dopo nullo o per rivocazione fatta dal testatore o per l'agnazione del *postumo*, dicesi *ruptum*.

Il testatore può annullare il suo testamento, validamente fatto, in tre modi: o distruggendo l'atto testamentario, o rivocandolo, ovvero col fare un altro testamento.

**180.** Questa facoltà è implicita nel concetto che i Romani avevano del testamento, il quale era un atto essenzialmente revocabile, d'onde la massima: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad externum vitæ exitum.*

La revocabilità per ciò è assoluta: e quindi una clausola dello stesso testatore che il suo testamento dovesse rimanere irrevocabile è di nessun momento. Per la qual cosa, se, non ostante la clausola detta *derogatoria*, il testatore più tardi fa qualche cosa in contrario, la modificazione e la derogazione succede non ostante la clausola, la quale non lega in nessun modo il testatore.

L. 22, pr. *de leg.* (32) - Si quis in principio testamenti adscripserit: cui bis legavero, semel deberi volo, postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.

Il testatore quindi potrà revocare o tutto il testamento o ciascuna disposizione ivi contenuta in ogni istante della sua vita.

L. 32, § 3, *de don. int. vir. et uxor.* (24, 1) - Poenitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium; quemadmodum circa fedeicommissa solemus, vel in legatis, quum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum (4).

Il testatore può revocare il suo testamento con il distruggerlo in tutto od in parte; ciò può fare col tagliare, lacerare, bruciare l'atto, col togliere e cancellare i suggelli, ecc.

L. 1, § 8, *Si tabulae nullae ext.* (38, 6) - Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.

Perchè si abbia questo effetto il testatore dev'essere *compos sui.*

L. 20, *h. t.* (28, 3) - Lucius Titius integra mente et valetudine testamentum fecit, uti oportet; postea, quum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem in-

(1) § 2, D. *de leg. Falcid.* (2, 22). L. 73, pr. *eod* (35, 2); L. 181. *de reg. iur.* (50, 17); L. un., § 13, C. *de cad. toll.* (6, 51).

(2) Löhr, *Archiv. f. Civil. Praxis*, v, pag. 392. Vedi anche Vinnio, *Comment. ad* § 4, *Inst. quib. mod. test. infirm.* (2, 17). Struv., *Syst. iur. civ. exerc.*, XXXII, *h. t.*, 47.

(3) Mühlenbruch *in Glück*, XXXVIII, pag. 54, ss. Rosshirt, *Testam. Erbr.*, I, pag. 552. Mackeldey, § 675. Wening, § 476. Puchta, § 483. Arndts, § 503. Vangerow, § 459. Tewes, II, § 49.

(4) L. 12, § 1, *h. t.*; L. 4, *de adim. vel transfer. legat.* (34, 4); L. 6, C. *qui test. fac. poss.* (6, 22); L. 19, C. *de test.* (6, 23).

cidit; quaero, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non ideo minus adiri posse.

Bisogna anche che il testatore faccia quello che si è detto colla intenzione di distruggere il testamento, altrimenti, mancando la volontà di portare modificazioni, il testamento o la disposizione vi rimane per quanto se ne possa provare il contenuto.

L. 1, pr. *de his quae in test. delentur* (28, 4) - Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta, nihilominus valent, consulto, non valent. Id vero, quod non iussu domini scriptum, inductum, deletumve est, pro nihilo est; legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspici, quae sunt scripta. Ceterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse? sufficit autem, si legibilia sint inconsulto deleta, sive ab ipso, sive ab alio sed nolentibus. Inducta accipiendum est, et si perducta sint. — § 1. Quod igitur incaute factum est, pro non facto est, si legi potuit. Et ideo et si novissime, ut solet, testamento fuerit adscriptum; lituras, inductiones, superinductiones ipse feci, non videbitur referri ad ea, quae inconsulto contigerunt. Proinde et si inconsulto superscripsit, induxisse se, manebunt, et si ademit, non erunt adempta. — § 2. Sed si legi non possunt, quae inconsulto deleta sunt, dicendum est, non deberi; sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est. — § 3. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero, non repelluntur, sive legi possunt, sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non exstet, constat valere omnia, quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concedit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.

L. 1, § 11, D. (37, 11) - Si rosae sint a muribus tabulae, vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ, vel casu et sic videntur tabulae signatae, maxime si proponas, vel unum linum tenere. Si ter forte vel quater linum esset circumductum, dicendum est, signatas tabulas eius extare, quamvis vel incisa, vel rosa sit pars lini.

Se l'atto testamentario è distrutto in parte bisogna osservare se è distrutta la parte essenziale o l'accidentale. Se il testatore cancella p. e. la istituzione di uno degli eredi, rimane integra la istituzione degli altri, i quali sono obbligati a pagare i legati gravanti su quella istituzione che si è cancellata.

L. 2, *h. t.* (28, 4) - Cancellaverat quis testamentum vel induxerat, et si propter unum heredem facere dixerat id postea testamentum signatum est; quaerebatur de viribus testamenti, deque portione eius, propter quem se cancellasse dixerat; dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere, et ipsi soli denegari actiones; sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. Sed si instituti nomen induxit, et substituti reliquit, institutus emolumentum hereditatis non habebit. Sed si omnia nomina induxerit, ut proponitur, adscripserit autem, idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum habuit, multum interesse arbitror, utrum illum tantum fraudare voluit hereditate, an vero causa illius totum testamentum infirmare, ut, licet unus inductionis causam praebuerit, verum omnibus obfuerit; et si quidem soli ei ademtam voluit portionem, ceteris nihil nocebit inductio, non magis, quam si volens unum heredem inducere invitus et alium induxerit. Quodsi putaverit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones. Sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est; in ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi, et coheredum institutionem non esse infirmandum.

Se il testatore cancella tutte le istituzioni di erede, il testamento addiviene completamente destituto.

(1) L. 6, C. Theod. (4, 4).

Se il testamento è redatto in più testi originali e il testatore ne distrugge solo uno di essi, il testamento rimane valido, ammenochè si provi che il testatore col distruggere uno dei documenti, abbia voluto rivocare la sua ultima volontà.

L. 4, *eod.* (28, 4) - Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter complevit; si quasdam tabulas in publico depositas abstulit, atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim quum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, sed hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant scriptis avocabitur hereditas.

La revocazione del testamento a sole parole non vale anche quando ciò fosse stato fatto innanzi a sette testimoni, stantechè le forme testamentarie, se valgono per formare un testamento, non sono bastevoli per rivocarlo.

Onorio nell'anno 418 introdusse un nuovo modo di revocazione, stabilendo che ogni testamento dopo dieci anni perde ogni suo valore (1). Giustiniano modificò questa disposizione nel senso che il testamento è revocato, quando il testatore lo dichiara innanzi a tre testimoni o in un protocollo giudiziale.

L. 27, C. *de testament.* - Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, et post eius confectionem decennium profluxit, si quidem nulla innovatio, vel contraria voluntas testatoris apparuit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? Quemadmodum enim, qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam apperuit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos, non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium, fiat emensum, tunc irritum esse testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii trascursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis vacuandis latae fuerant, penitus antiquandis.

181. Il testamento si revoca finalmente con fare un secondo testamento. Con redigere il secondo testamento il primo è revocato *ipso iure* senza bisogno di altra revocazione.

§ 2, *Inst.*, *h. t.* (2, 17) - Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur; nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas habet vires, quum ex eo nemo heres extiterit (2).

Col secondo testamento viene annullato il primo così necessariamente che anche l'espressa dichiarazione del testatore, che rimanga valido il suo primo testamento, non ne impedisce la rottura, ma produce solo l'effetto che le disposizioni contenute nel primo testamento valgono come disposizioni fedecommissarie.

§ 3, *Inst.*, *h. t.* (2, 17) - Sed si quis priore testamento iure perfecto, posterius aeque iure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit superius testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt; cuius constitutionis

(2) L. 35-100-153, *de reg. iur.* (50, 17).

verba inseri iussimus, quum aliud quoque praeterita in ea constitutione expressum est. *Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere perinde, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valere prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet.* Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur (1).

Perchè il primo testamento sia revocato sono necessarie le seguenti condizioni.

Il secondo testamento dev'essere valido.

L. 2, *h. t.* (28, 3) - Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel iure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur (2).

Il testo riprodotto contiene una eccezione alla regola generale. Imperochè se il testamento secondo è imperfetto, nel senso del testamento pretorio, può tuttavia essere nella sua essenza mantenuto, dandosi ai secondi eredi la *bonorum possessio secundum tabulas*, la quale era *cum re*, se gli eredi istituiti nel secondo testamento fossero nel medesimo tempo eredi *ab intestato.*

Questa eccezione non potrà avere nella legislazione Giustiniana la medesima applicazione, stante che in essa la differenza antica tra il testamento pretorio ed il civile è sparita, e *testamentum imperfectum* vuol dire un testamento cui manca qualche solennità necessaria come la sottoscrizione, la segnatura dei testimoni, ecc.

Non subscriptum namque a testibus atque signatum testamentum *pro imperfecto* haberi convenit (3).

Per la qual cosa la L. 21, § 2 citata, avendo riprodotto nella legislazione Giustiniana la importanza della L. 2, *h. t.* (28, 3), non può avere che questo significato: anche quando è da ritenere ferma la regola generale che il testamento allora addiviene rotto, se il secondo è valido, bisogna accettare la eccezione, quando nel primo testamento i più prossimi eredi *ab intestato* sono dimenticati, ed istituiti invece nel secondo. In tal caso non importa che il testatore col secondo testamento non abbia osservate tutte le solennità dovute, ma abbia chiamato solo cinque testimoni, questa scrittura avrà la virtù di rompere il primo testamento non come testamento, ma come codicillo *ab intestato.*

L. 21, § 5, C. *de test.* (6, 23) - Si quis autem, testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ab eius hereditatem vocantur. Eo enim casu licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundum eius voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere sancimus. In qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficient; quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei (4).

Se il testamento è nullo per qualunque causa o perchè preterito un *suus heres*, il primo resta nella sua piena validità.

L. 7, *de lib. et post.* (28, 2) - Si filius qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur et eo iure utimur.

Annullato il primo testamento con la formazione di un altro posteriore, qualunque sorte avesse dipoi questo secondo atto, non potrà mai influire sul primo; cosicchè, se il secondo si rende di poi nullo, per estranee contingenze, come se addiviene irrito, o *ruptum* per la nascita d'un postumo, l'antico testamento non per questo rivive (5).

Si eccettui il caso che il testatore distrugga l'ultimo testamento coll'intenzione di convalidare il primo; allora l'erede istituito in questo può avere una valida *bonorum possessio secundum tabulas* (Vedi sopra § 177, N. 3, L. 11, § 2, *de bon. poss. sec. tab.*, ivi riferita).

Similmente, quando il testatore ha fatto un secondo testamento nel falso supposto che l'istituito nel primo non esiste o non fosse più idoneo, la istituzione nel primo testamento rimane, ed il secondo vale solamente per la prestazione dei legati.

Il testamento è *ruptum* a causa dell'agnazione del postumo.

Per postumo qui s'intende chiunque sia per nascita sia per legittimazione, adozione, arrogazione acquista la qualità di *suus* dopo la formazione del testamento (6).

Se questi postumi non sono debitamente diseredati, rompono il testamento dal momento che acquistano il diritto di *sui heredes:* e per conseguenza anche per questa specie di nullità, si annulla tanto la istituzione di erede, quanto qualunque altra disposizione.

L. 1, C. *de postum. hered. instit.* (6, 29) - Si post testamentum factum, quo postumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filiam suscepit, intestato vita functus est, quum agnatione postumae cuius non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse, explorati iuris est (7).

**182.** V. *Testamentum inofficiosum.* È detto inofficioso quel testamento che, sia nell'istituzione d'erede, come nei legati non ricorda chi ha diritto alla porzione legittima, e quindi può essere impugnato con la querela *inofficiosi testamenti.* Ma di ciò ne parleremo a suo luogo.

(1) L. 12, § 1, *h. t.* (28, 3); L. 29, *ad SC. Trebell.* (36, 1). Esatta ci pare la opinione manifestata dal Neuner, *Inst. ex re certa*, § 16, cioè che basta nel secondo testamento la istituzione *ex re certa*, perchè il primo testamento valga come fedecommesso universale senza bisogno di una espressa dichiarazione del testatore. Perchè, quando il testatore nel secondo testamento ha istituito un erede o eredi *ex re certa*, pare chiara la sua volontà di volere limitare costoro alla cosa certa, dare la eredità agli eredi istituiti nel primo testamento. Vedi in contr. Vangerow, § 460, n. II.

(2) § 2, *Inst.*, *h. t.* (2, 17); L. 1, *h. t.* (28, 3). Gai, *Inst.*, II, pag. 144.

(3) L. 21, § 2, C. *de test.* (6, 23). Nov. Theodos. *de testamentis*, § 7, tit. 16, Henel.

(4) Vedi Sintenis, op. cit., III, pag. 483, nota 38. Fein *in Glück*, XLIV, pag. 28, nota 75. Mackeldey, § 677, nota *f.* Wenig, § 477. Puchta, § 484. Vangerow, § 460. Conf. Mühlenbruch, op. cit., pag. 364, vol. II, pag. 2. Rosshirt, op. cit., I, pag. 469.

(5) § 2, *Inst.*, *h. t.*

(6) § 1, *Inst.*, *h. t.;* L. 3, pr., § 1; L. 6, *h. t.*

(7) § 1, *Inst.*, *de lib. exero.* (2, 18).

## Dei testamenti privilegiati.

### § 48. — *Del testamento militare.*

Bibliografia.

T., *Inst. de militari testamento* (2, 11). — T., D. *de testamento militis* (29, 1). — D. *de bonorum possessione ex testamento militis* (37, 13). — D. *de veteranorum et militum successione* (30, 12). — T., C. *de testamento militis* (6, 2). — Donello, *Comment. ad Cod.*, tit. cit. — Hamel, *De test. mil.*, Lipsiae 1815 e 1816. — König, *Quantum valeat testamentum milit.*, Halae 1780. — Haerprecht, *Testamentum pagani in hostico conditum* (*Dissert. accadem.*, I, n. 48). — Löhr, *Testament des filiusfamilias miles.* (*Archiv. f. Civil. Praxis*, VII, n. 15). — Mühlenbruch *in Glück*, XLII, pag. 19, ss. — Rosshirt, *Test. Erbr.*, I, pag. 477.

183. Origine del testamento militare; doppia importanza di questo testamento. — 184. Privilegi del testamento militare. — 185. Casi in cui il testamento militare è sottoposto alle regole comuni.

**183.** Da Giulio Cesare furono introdotte alcune eccezioni per il testamento fatto dai militari sul campo, nel senso che il soldato fosse libero di testare e che il testamento dovesse valere, anche quando mancasse qualche formalità necessaria pei testamenti ordinarii cioè, come si chiamavano i non militari, de' pagani. L'Imperatore Traiano stabilì fermamente i privilegi del soldato in una formola generale cioè ch'egli potesse testare *quoque modo velit et possit*, e ciò indipendentemente dal fatto se il testamento fosse stato fatto in tempo di guerra o in tempo di pace.

L. 1, pr. *de testament. milit.* (29, 1) - Militibus liberam testamenti factionem primus quidem Divus Julius Caesar concessit, sed ea concessio temporalis erat; postea vero primus Divus Titus dedit; post hoc Domitianus; postea Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque et Traianus secutus est, et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: *Quum in notitiam meam prolatum sit, subinde testamenta, commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam, secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut, quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quo modo volent, faciant, quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris* (1).

La importanza di questa disposizione è doppia; in primo luogo il soldato nel fare il suo testamento non ha bisogno di osservare alcuna forma; in secondo luogo tutto il contenuto del testamento e le conseguenze sono determinate dal solo criterio del testatore.

Giustiniano modificò la disposizione di Traiano, quantochè confermò i privilegi del testamento militare, ma li limitò solo per coloro i quali erano iscritti nell'esercito e che erano occupati in una spedizione militare, cioè il testamento militare doveva durare una campagna.

§ 3, *Inst.*, *h. t.* (2, 11) - Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt: post missionem vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum iure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur si intra annum quidem decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? et placet valere quasi militis (2).

**184.** Rispetto alle forme il testamento militare è privilegiato in ciò, esso è valido senza alcuna delle solennità del testamento pagano.

L. 40, *h. t.* (29, 1) - Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit, et antequam literis perscriberetur, vita defunctus est; quaero, an haec dictatio valere possit? respondi, militibus, quoquo modo velint, et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.

L. 35, pr. *eod.* - Miles, si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quae profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet, nam militis testamentum sola perficitur voluntate. Quique plura per dies varios scribit, saepe facere testamentum videtur (3).

Per la qual cosa il testamento militare scritto è valido senza testimoni; se nuncupativo ne sono sufficienti due, non per formalità, ma solo a scopo di provare la volontà del testatore. Un testamento redatto senza le formalità prima che il testatore sia militare è nullo, ma esso si convalida appena riconfermato sul campo. Finalmente la clausola codicillare è sempre sottointesa nel testamento del soldato.

L. 9, § 1, *h. t.* (29, 1) - Ut est rescriptum a Divo Pio in eo, qui, quum esset paganus, fecit testamentum, mox militare coepit; nam hoc quoque iure militari incipiet valere, si hoc maluit miles.

Come nel redigerlo, così nel rivocarlo, il militare può farlo in qualunque forma crede.

L. 24, *h. t.* - Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod et sine scriptura, et a non militantibus fieri potest. Si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, et cui libertatem tribuere, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas eius rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: ego te heredem facio, aut: tibi bona mea relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti; alia quin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui affirmarent, se audiisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit; et per hoc iudicia vera subvertuntur.

In riguardo al contenuto la facoltà del soldato nel fare il testamento è così ampia da distruggere anche il concetto della successione testamentaria. Ciò che è prescrizione del diritto civile a questo riguardo può essere trascurato impunemente nel testamento militare.

In effetto il militare può istituire la persona incapace; gli è proibito solo di istituire l'eretico e la donna vissuta con lui in una relazione immorale.

L. 41, § 1, *h. t.* - Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit (4).

Il soldato potrà diseredare i suoi eredi necessarii e nominare eredi nel codicillo; morire *pro parte testatus* e *pro parte intestatus;* istituire eredi a *die certo*, o

(1) Pr. § 3, *de mil. test.*, (2, 11).
(2) L. 15-17, C. *h. t.*; L. 42, *h. t.* (29, 1).
(3) L. 34, § 2, *eod.*

(4) L. 13, § 2, *h. t.*; L. 5, C. *h. t.*; L. 22, C. *de hereticis* (1. 5).

sotto condizioni risolutive; onde il diritto di accrescimento tra i coeredi non può aver luogo, se non è chiaramente disposto nel testamento (1).

Similmente il soldato può sostituire volgarmente agli eredi estranei, anche quando questi siano addivenuti eredi; può inoltre sostituire pupillarmente, anche senza fare testamento per sè, e non solo ai figliuoli in potestà, ma ancora agli emancipati, ed oltre il termine della pubertà.

L. 41, § 5, *h. t.* - Si militis adita non fuerit hereditas, an substitutio quam pupillo fecit, valeat, quaeritur; et consequens erit, hoc dicere, quia permittitur, militem filio facere testamentum, quamvis sibi non fecerit.

L. 5, *h. t.* - Milites etiam his, qui heredes extiterunt, possunt substituere in his dumtaxat, quae sunt ex testamento eorum consecuti (2).

Le regole sulla nullità non valgono pel testamento militare.

L. 7, *h. t.* - Qui iure militari testatur, et, si ignoraverit praegnantem uxorem vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit ut vellet, quisquis sibi nascetur, exheredem esse, testamentum non rumpitur (3).

**185.** Il testamento militare è sottoposto al diritto comune per quanto riguarda le condizioni impossibili, per le istituzioni capziose di un erede, per il Senatoconsulto Liboniano e per la nomina di un tutore, essendo anche al militare data facoltà di nominare un tutore agli impuberi che non ha sotto la sua patria potestà (4).

Il testamento militare privilegiato cessa, quando il soldato vien congedato dall'esercito per cattiva condotta, ovvero dopo un anno dal suo congedo.

L. 26, *h. t.* - Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinant militari iure valere, quod anni spatium testamentis eorum qui honestam vel causariam missionem meruerunt, tribuitur (5).

Eguali privilegi come i soldati hanno altre persone, come i marinari della flotta militare; le persone civili addette all'esercito, semprechè partecipino ai pericoli dei soldati. Queste persone possono testare militarmente, quando sono al campo (*in hostico*) ed addiviene il testamento privilegiato quando essi muoiono al campo medesimo.

L. 1, § 1, *de bon. possess. ex testament. milit.* (37, 13) - Item navarchos, et trierarchos classium iure militari posse testari nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges, et nautae milites sunt. Item vigiles milites sunt, et iure militari eos testari, posse nulla dubitatio est.

L. 44, *h. t.* - Rescripta Principum ostendunt, omnes omnino, qui eius sunt gradus, ut iure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, et illic decedant, quomodo velint, et quomodo possint testari, sive Praeses sit provinciae, sive quis alius, qui iure militari testari non potest.

### § 49. — *Testamentum rusticorum.*

BIBLIOGRAFIA.

Marezoll, *Ueber das sogenant testamentum rusticorum* (*Archiv. f. civil. Praxis*, IX, n. 15). — Mühlenbruch *in Glück*, vol. 42, pag. 245, ss.

**186.** Privilegi del *testamentum rusticorum*.

**186.** Il testamento *rusticorum* o *ruri conditum* è privilegiato per una disposizione di Giustiniano.

L. 31, C. *de testam.* (6, 23) - Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quam enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad Dei humanitatem respicientes, necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt, et literarum vige[illegible]entia, omnia, quae in libris nostrorum Digestorum, seu I[illegible]stitutionum et imperialibus sanctionibus, no strisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex praesente lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut, ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium vocari necesse est, adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat; ubi autem non inveniuntur literati, septem testes, etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus; minus autem nullo modo concedimus. Si vero unus aut duo vel plures scierint literas, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat.

Il testamento rustico è privilegiato semplicemente in ciò che riguarda la firma dei testimoni ed il numero di essi, affinchè per la difficoltà di trovare nelle campagne sette testimoni che sappiano scrivere, non si renda nullo il testamento.

Per la qual cosa, se nel caso pratico si possono trovare sette validi testimoni che potessero segnare e sottoscrivere, il testamento dei rustici non si distinguerebbe dal testamento comune.

Ma se in campagna non è possibile trovare sette testimoni, allora ne sarebbero sufficienti cinque.

Se fra i testimoni adibiti qualcuno non può scrivere, un altro testimone può sottoscrivere per l'analfabeta.

Quando nessuno sapesse scrivere, il testamento sarà valido anche senza sottoscrizione.

Però, quando manca qualunque segno o sottoscrizione e uno solo abbia sottoscritto per gli altri, bisogna che il testatore dichiari la sua volontà ai testimoni e questi la riconoscano per mezzo del giuramento (6).

### § 50. — *Testamentum parentum inter liberos.*

BIBLIOGRAFIA.

Nov. 18, cap. 7; Nov. 107.

Schröder, *De privilegiis parent. inter liberos dispositionibus*, Jenae 1819. — Euler, *de test. et divis. parentum inter liberos*, Lips. 1826. — Fritz, *Versuch einer hist. dogm. entwikl. der Lehre v. dem. Test. der Eltern. unter ihren Kinder.*, Giessen 1822. — Andreä, *Beiträge zur Lehre v. test.*

(1) § 6, *Inst.*, *h. t.*; L. 6-8-9, pr.; L. 15, § 4; L. 19, § 2; L. 33-36, § 2; L. 37; L. 41, *h. t.* (29, 1); L. 1-2-9, C. *h. t.*

(2) L. 15, § 5; L. 28-37, *h. t.*

(3) § 5, *Inst.*, *h. t.*; L. 8-9-19 pr.; § 1, L. 22-23. *h. t.*

(4) L. 41, § 2, *h. t.*

(5) § 3, *Inst. h. t.*; L. 38, § 1, *h. t.*

(6) Nov. 107, 73, cap. 9.

*parent. inter liberos* (*Archiv. f. civil. Praxis*, IV, n. 25). — Mühlenbruch *in Glück*, XLII, pag. 151.

187. Speciale importanza del *testamentum parentum inter liberos*; privilegi di questo testamento. — 188. Come tale testamento fu regolato da Giustiniano. — 189. Divisione tra figli; carattere di questa divisione.

**187.** Dicesi *testamentum parentum inter liberos* quello che un ascendente di qualunque sesso istituisce eredi i suoi discendenti. Questo testamento ha specialmente la importanza, quando i discendenti istituiti non siano in concreto suoi eredi *ab intestato*, come sarebbe p. e. quando sono istituiti insieme coi figli i nipoti.

Questo testamento ha alcune specialità che lo rendono privilegiato di fronte ai testamenti comuni. Per la qual cosa Costantino per il primo stabilì che questo testamento poteva valere anche essendo imperfetto, e mancante delle solennità richieste per il testamento comune.

L. 21, § 3, C. *de test.* (6, 23) - Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem quamtum ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis accrescere.

**188.** Giustiniano regolò con alcune norme questo testamento in questo modo:

Bisognava che l'ascendente scrivesse di proprio pugno almeno

*a*) la data;

*b*) i nomi degli eredi scritti;

*c*) la quota o la somma determinata in cui è istituito il discendente; più la somma dev'essere determinata a lettere e non in cifre. In questo modo il testamento non aveva bisogno di testimoni per essere valido.

Nov. 107, cap. 1 - Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes (Quid enim sic proprium est legum, sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus?), volumus, si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescriptione tempus denotet, deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas, ut undique clarae et indubitatae consistant. Si vero etiam rerum voluerit facere divisionem, aut quibusdam rebus certis aut omnes aut quasdam institutiones statuere, et harum inscribat significationes, ut eius litteris omnia declarata nullam alterius contentionem filiis derelinquant. Si tamen aut uxori aut extraneis aliquibus personis voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, et haec propria scripta manu, dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et volunt valere, sint firma, nihil minuenda, eo quod videantur in charta scripta, reliquam observationem testamentorum non suscipientia, sed hoc solum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.

L'ascendente in un simile testamento potrà anche diseredare un erede necessario, ma non potrà istituire una persona estranea. In tal caso il testamento è nullo solo relativo all'istituzione dell'estraneo, e la porzione a questo determinata si accresce ai discendenti istituiti.

Ciò però quando l'ascendente non abbia confermato la istituzione dell'estraneo innanzi a cinque testimoni nel caso che all'estraneo fosse rilasciato un legato, e innanzi a sette testimoni, se invece l'estraneo fu istituito erede.

Questo testamento non può essere revocato che da un altro solennemente fatto cioè con tutte le solennità richieste da un testamento ordinario.

Nov. 107, cap. 2 - Et si quidem usque ad mortem maneat hoc schema, nullus postea deducet testes, quia voluit forte talem voluntatem commutare aut convertere, aut aliquid tale facere, cui liquit rumpere, quod factum est, et aliam facere voluntatem declarantem perfectam eius sententiam, quam competit valere. Hoc enim concedimus ei agere, hoc ipsum expressim significanti sub praesentia testium septem, quia, etsi fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere ulterius vult, sed rursus vult aliam facere. Et hanc aut in testamento perfecto faciat, omnia testamentorum habente signa, aut in non scripta perfecta voluntate, ut scripta vel non scripta voluntate videri eum defunctum esse, prioribus infirmis factis ex secunda eius secundum perfectum testamentum aut voluntatem dispositione.

**189.** Oltre a questo testamento vi può essere una divisione *parentum inter liberos*, la quale in sè ha il carattere di un codicillo privilegiato. Questa divisione è fatta anche dal discendente tra i suoi discendenti *ab intestato*, secondo le norme di questa successione, e quindi una divisione come sarebbe stata fatta in un giudizio di divisione.

Nov. 18, cap. 7 - ..... Haec nos molestare de cetero nostros subiectos nolentes, sancimus, si quis voluerit suas res filiis dividere aut omnes, aut etiam aliquas forte relinquere praecipuas, has maxime quidem, si possibile est, dicat in testamento, et indubitatam det filiis hinc utilitatem. Si autem hoc non agat propter aliquas necessitates, quae plurimae circumassistunt hominibus, licet tamen descriptione facer rerum, quas partiri voluerit, et subscribere omnibus aut ipsum, aut filios universos subscribere procurare, inter quos res dividet, et ex hoc causa dare indubitatam fidem, et quod secundum hanc fit speciem, ratum sit atque firmum aliaque cautela non indigens. Si vero aliquis hoc non egerit, sed dispersam sic, ut plerumque, sine testimonio subscriptionem fecerit, sciat, nihil hinc filiis sese praebiturum utilitatis, sed quasi nihil sit factum, divident substantiam filii, incertas et plerumque sine testimonio conscriptiones non sequentes, neque iudicibus causae, quos iudices familiae erciscundae leges appellant has sequi cogendis (1).

La forma di questa divisione è una scrittura la quale o è sottoscritta dallo stesso ascendente, ovvero da tutti i discendenti interessati. Sebbene quest'atto non sia che una semplice divisione, pure può essere uno dei discendenti onorato di un prelegato, si può dispensare uno degli interessati dalla collazione ecc.

## § 51. — *Testamento dei ciechi.*

BIBLIOGRAFIA.

Marezoll, *Magazin Grohlmann*, IV, 11, 3. — Löhr, *ibid.*, n. 26, pag. 514. — Sell, *Kannin Blinder ein öffentliches testament. errichten? In Jahrb*, II, pag. 456. — Mühlenbruch *in Glück*, XXXIV, pag. 26, ss.

190. Differenza di formalità tra il testamento del cieco ed il comune; formalità di questo testamento.

**190.** Il testamento del cieco si distingue dal testamento ordinario perchè le formalità sono accresciute a causa della condizione del cieco. Di fatto secondo Giustiniano, se il cieco vorrà far testamento, dovrà non solo chiamare sette testimoni, ma ha bisogno ancora d'un *tabularius*, ovvero, in caso di necessità, di un ottavo testimonio, perchè il suo testamento fosse fornito di tutte le solennità necessarie.

(1) Ved anche Nov. 107, cap.

L. 8, C. *qui test. fac. poss.* (6, 22) - Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo, vel ita nati, per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam, ut cunctis ibidem collectis, primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant; deinde exprimant nomina specialiter heredum, et dignitates singulorum, et iudicia, ne sola nominum commemoratio quidquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quot unciis in successionem admitti debeant, et quid unumquemque legatarium seu fideicommissarium assequi velint, omnia denique palam edicant, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtutu septem (ut dictum est) testium, et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consegnatis tam ab hisdem testibus, quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda. — § 1 - At quum humana fragilitas, mortis praecipue cogitatione turbata, minus memoria possit res plures consequi, patebit ei licentia, voluntatem suam, sive in testamenti, sive in codicilli tenore compositam, cui velint scribendam credere, ut in eodem postea convocatis testibus et tabulario re etiam (ut dictum est) patefacta, cuius causa convocati sunt, etiam chartulare promatur, quam susceptam testatori recitabit tabularius, simul et testibus, ut, ubi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere, et ex animi sui, quae lecta sunt, disposuisse sententia et in fine subscriptio sequatur testium, nec non omnium signacula tam testium (prout dictum est) quam tabularii. — § 2 - Sed quia tabulariorum copia non omnibus locis datur quaerentibus, iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supradicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat; libera potestate concedenda suas voluntates in praedictum modum ordinantibus, chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus, custodiendam mandare. Sic fieri namque confidimus, ut non recipiat, se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus.

Secondo dunque questa costituzione, appena il testamento è scritto, il tabulario o il notaio deve leggerlo ai sette testimoni, il testatore deve riconoscere essere quella la sua volontà, eppoi devono sottoscriverlo il tabulario ed i sette testimoni. Non è sufficiente la sola nomina degli eredi, ma è necessario che essi siano minutamente descritti, sia rispetto alla loro persona, sia in riguardo alla loro condizione e dignità.

Il cieco può fare pure un testamento nuncupativo dichiarando la sua volontà innanzi ai sette testimoni ed al tabulario.

Può fare il testamento anche innanzi al Tribunale (*testamentum iudiciale*), ed allora non vi ha bisogno di altra formalità di quella stabilita nel testamento comune.

I sordo-muti, per il difetto che hanno, possono fare testamento (naturalmente quando la malattia non è congenita), ma devono scriverlo di proprio pugno.

L. 10, C. *eod.* - ... ubi autem et huiusmodi vitii non naturalis sive masculo sive feminae accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit et aures conclusit, si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia, quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus.

### § 52. — *Apertura ed esibizione del testamento.*

Bibliografia.

T., D. *testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur* (29, 3). — D. *de SC. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur* (29, 5). — D. *de tabulis exhibendis* (43, 5). — T., C. *testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur* (6, 32). — C. *de his, quibus ut indignis hereditas aufertur et ad SC. Silanianum* (6, 35). — C. *de tabulis exhibendis* (8, 1).

Donello, *Comment. ad cod.*, lib. VI, cap. 32. — Glück, *De test. priv. solemn. probatione*, op. fasc. I, n. 1. — Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 370, ss. — Glück, VII, p. 493.

191. Apertura della successione e delle tavole testamentarie; presentazione delle tavole medesime. — 192. Lettura del testamento; modalità della lettura; se non si presentano i testimoni. — 193. Importanza dell'apertura del testamento. — 194. *Quid* se il testamento fosse andato perduto. — 195. Esecuzione dei testamenti; esecutori testamentari; carattere giuridico degli esecutori.

**191.** 1) L'apertura della successione avviene alla morte del testatore. Quanto all'apertura poi delle tavole testamentarie le regole sono date dalla legislazione finanziaria romana e specialmente dalla *lex Julia de vicesima hereditatum* dell'anno 759, e ciò per l'interesse che aveva lo Stato perchè fosse aperta la successione.

Secondo questa prescrizione, appena il testatore moriva, chiunque avesse creduto aver interesse alla successione di lui curava l'apertura della sua successione provando la morte del testatore.

L. 2, § 4, *h. t.* (29, 3) - Si dubitetur, utrum vivat an decesserit is, cuius quis quod ad causam testamenti pertinet inspici describique postulat: dicendum est, praetorem causa cognita statuere id debere, ut, si liquerit, eum vivere, non permittat inspici tabulas, et ut ipsam scripturam quis inspiciat et sigilla et quid aliud ex tabulis velit spectare.

Il testamento dev'essere presentato da chi lo possiede al Pretore in Roma o fuori di Roma a qualunque ufficiale municipale in tre a cinque giorni. Sono quindi invitati coloro i quali hanno messo i segni sulla copertura, cioè i testimoni; ciò naturalmente se siano conosciuti e siano presenti nel luogo del loro domicilio.

Pauli, *Recept. sent.*, IV (6, 3) - Testamentum lex statim post mortem testatoris aperire voluit. Et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiendae sunt tabulae; ab absentibus quoque intra eosdem dies, quum supervenerint: nec enim oportet tam heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri (1).

Il testamento viene presentato in primo luogo ai testimoni, perchè riconoscano i loro suggelli; ciò fatto il testamento viene aperto e recitato.

L. 4 a 6, *h. t.* (29, 3) - Quum ab initio aperiendae sint tabulae, praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere, (L. 5) vel negare se signasse; publice enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere. (L. 6) Sed si maior pars signatorum fuerit inventa, poterit ipsis intervenientibus, resignari testamentum et recitari.

Il testatore può inibire che venga letta dopo la sua morte e per un determinato tempo una parte delle sue ultime volontà.

L. 3, C. *h. t.* (6, 32) - Eius, quod ad causam novissimi patris vestri iudici pertinet, de calumnia tibi iuranti (praeter partem, quam aperiri defunctus voluit, vel ad ignominiam alicuius pertinere dicitur) inspicienti ac describenti, praeter diem et consulem, tibi rector provinciae facultatem fieri iubet.

Questo avviene massimamente quando la sostituzione pupillare è fatta in un testamento separato, esso non viene aperto, se non alla morte del pupillo; che tutto il suo testamento non venga aperto durante l'anno

(1) L. 2, § 7-8; L. 3, *h. t.* (28, 3).

dopo la sua morte è contrario ai principii fondamentali della successione, per cui la successione è di dritto aperta alla morte del testatore.

L. 8 (29, 3) - Pupillares tabulas, etiam si non fuerit superscriptum, ne aperirentur, attamen, si seorsum eas signatas testator reliquerit, praetor eas aperiri, nisi causa cognita, non patietur (1).

L. 2, pr. *h. t.* (29, 3) - Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

**192.** Appena aperte e lette le tavole testamentarie il testamento è accettato negli atti dell'ufficio a cui fu presentato; ciascuno può prenderne nota; però ad evitare falsità vi rimane coperta la data (2).

Se nel termine non si presentano nè testimoni nè interessati, innanzi tutto si manda loro il testamento perchè riconoscano i suggelli, e se ciò non è possibile, sia perchè i testimoni siano premorti al testatore sia perchè assenti, vengono chiamate altre persone di ottima fama, ed in loro presenza è aperto il testamento risparmiando, per quanto si può, i suggelli, perchè, se i testimoni assenti ritornano, possano riconoscerli.

L. 7, *h. t.* (29, 3) - Sed si quis ex signatoribus aberit, mitti debent tabulae testamenti, ubi ipse sit, uti agnoscat; nam revocari eum agnoscendi causa onerosum est: quippe saepe cum magna captione a rebus nostris revocamur, et sit iniquum, damnosum cuique esse officium suum. Nec ad rem pertinet, unus absit, an omnes; et si forte omnibus absentibus causa aliqua aperire tabulas urgeat, debet Proconsul curare, ut intervenientibus optimae opinionis viris aperiantur, et post descriptum et recognitum factum ab iisdem, quibus intervenientibus apertae sunt, obsignentur, tunc deinde eo mittantur, ubi ipsi signatores sint, ad inspicienda sigilla sua.

**193.** L'apertura del testamento importa la prova della successione testamentaria, imperocchè, se il testamento è scritto, i suggelli riconosciuti, la recitazione innanzi i testimoni sono prove dell'esistenza del testamento e delle verità di esso.

Come nel caso previsto, se i testimoni non fossero stati presenti, perchè forse morti antecedentemente al testatore, Giustiniano stabilì che bastano due testimoni, che abbiano riconosciuti i loro sigilli e la loro sottoscrizione, perchè vi fosse la prova. Se poi non è possibile trovare nessuno dei sette testimoni che provano, si può ottenere la prova per mezzo di confronto di caratteri o per mezzo di altri modi, onde accertare la verità dei suggelli e delle sottoscrizioni.

Nov. 73, cap. 7, pr. - Si tamen moriantur omnes testes, vel absint, aut aliter non facile sit, fidem ex testium subscriptionibus invenire .... per omnem autem subtilitatem procedere.

**194.** Se il testamento si fosse perduto dopo la morte del testatore, gli eredi testamentari possono pervenire all'eredità testamentaria, se hanno modo di provare la esistenza del testamento o con note antecedentemente prese dal testatore o per testimonianze di coloro che l'abbiano inteso pronunziare.

L. 2, C. (6, 23) - Publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur intercedit, nihilominus valet.

L. 11, C. *eod.* - Non idcirco minus iure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur.

(1) L. 9, *eod.*

(2) L. 3, C. (6, 32) innanzi riportata.

Se poi il testamento per caso fosse andato perduto durante anche la vita del testatore, la prova di esso si rende più difficile, perchè riguarda non solo il contenuto, ma anche la forma; però non è impossibile provarne la esistenza in un modo qualunque.

L. 10, § 2, *h. t.* (29, 3) - Si tabulae non compareant vel exustae sint, futurum est, ut subveniri legatariis debeat; idem est si suppressae, vel occultae sint.

Nel testamento nuncupativo tanto la forma quanto il contenuto deve provarsi per testimoni. È dubbio se tali testimoni, chiamati a provare un testamento già avvenuto, debbono essere in numero di sette quanti ce ne vogliono per farlo. Si è riconosciuto che a questo scopo bastano due testimoni, che provino essersi fatto un testamento nuncupativo innanzi a sette testimoni.

Se poi il testamento nuncupativo fosse stato redatto in iscritto, basta questa scrittura per provarne la esistenza.

Il testamento non è in dritto romano una scrittura privata ma un documento pubblico. Epperciò chiunque in generale crede avervi interesse può domandarne la esibizione, e colui, che ne è in possesso, è obbligato ad esibirlo. Se questi mette in dubbio o nega il possesso, allora si concede all'interessato un interdetto *de tabulis exhibendis*, azione perpetua e trasmissibile agli eredi, contro colui che dovrebbe o potrebbe essere in possesso delle tavole testamentarie o contro il *fictus possessor.*

L. 1, pr. *de tab. exhib.* (43, 5) - Praetor ait: quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse: ita eas illi exhibeas. Item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam. § 1 - Si quis forte confiteatur, penes se esse testamentum, iubendus est exhibere, et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere; sed si neget se exhibere posse, vel oportere, interdictum hoc competit. § 2 - Hoc interdictum pertinet non tantum ad testamenti tabulas, verum ad omnia quae ad causam testamenti pertinent, utputa et ad codicillos pertinet. § 3 - Sive autem valet testamentum, sive non, vel quod ab initio inutiliter factum est, sive ruptum sit, vel in quo alio vitio sit, sed etiam si falsum esse dicatur, vel ab eo factum, qui testamenti factionem non habuerit, dicendum est interdictum valere (3).

In caso che il testamento non si esibisca volontariamente, il convenuto è condannato all'*id quod interest* da estimarsi secondo la eredità o il legato, secondochè l'attore sia un erede o un legatario.

L. 3, § 11, *eod.* (43, 5) - Condemnatio autem huius iudicii, quanti interfuit, aestimari debet. § 12 - Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est aestimatio. § 13 - Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato. § 14 - Et si sub conditione legatum sit, quasi conditione existente, sic aestimandum est, nec compelli debebit ad cavendum, ut se restituturum caveat, quidquid consecutus est, si conditio defecerit, quia poena contumaciae praestantur ab eo, qui non exhibet. § 16 - Interdictum hoc et post annum competere constat. § 17 - Sed et heredi ceterisque successoribus competit.

**195.** Per l'esecuzione dei testamenti sono qualche volta nominate persone per quest'ufficio, dette perciò esecutori testamentarii. Gli esecutori in generale si distinguono in escutori generali e speciali; i primi sono quelli chiamati a curare la esecuzione di tutto il con-

(3) L. 2, § 8; L. 3, §§ 2-3-6-10, *eod.*; L. 1, C. (8, 7).

tenuto del testamento, i secondi quelli invocati per la esecuzione di una speciale disposizione testamentaria, come p. e. se destinato al pagamento dei legati, alla esecuzione di un *modus*.

La scuola distingue gli esecutori in *legittimi*, *convenzionali*, *dativi* e propriamente testamentari. I primi sarebbero i legittimi rappresentanti delle corporazioni, delle fondazioni o istituti pii, i quali sono stati favoriti nel testamento.

L. 24, C. *de episcopis et cleric.* (1, 3) - Id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat.

L. 28, § 1, *eod.* - Et si quidem testator significaverit, per quem desiderat redemptionem fieri captivorum, is, qui specialiter designatus est, legati vel fideicommissi habeat exigendi licentiam, et pro sua coscientia votum adimpleat testatoris. Sin autem, persona non designata, testator absolute tantummodo summam legati vel fideicommissi taxaverit, quae debeat memoratae causae proficere, vir reverendissimus episcopus illius civitatis, ex qua testator oritur, habeat facultatem exigendi quod huius rei gratia fuerit derelictum, pium defuncti propositum sine ulla cunctatione, ut convenit, impleturus (1).

I convenzionali sono esecutori che gli stessi eredi per contratto hanno scelto per la esecuzione del testamento.

I dativi sono quelli, dietro domanda delle parti, designati come esecutori dall'autorità giudiziaria.

L. 7, in fin. *de ann. leg.* (33, 1) - Ubi auctoritas sola testatoris est, nec omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est, sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

Gli esecutori testamentari sono nominati direttamente nel testamento.

L. 12, § 4, *de religiosis* (11, 7) - Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est; tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti ab hoc repellitur. Sin autem de hac re defunctus non cavit nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit, si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos, quosque suo ordine, quo succedunt.

Il carattere giuridico degli esecutori testamentari somiglia al mandatario. In tutte le specie di esecutori il mandante sarebbe il testatore o l'erede, e contenuto del mandato sarebbe la disposizione testamentaria che dev'essere eseguita dal mandatario. Alle volte la esecuzione affidata ad una persona prende nome e carattere di vero mandato da eseguirsi con la vera e propria *actio mandati*.

L. 12, § 17, *mandati* (17, 1) - Idem Marcellus scripsit, si ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.

L. 13, *eod.* - Idem est, et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.

L. 27, § 1, *eod.* - Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio (2).

(1) L. 49, C. *eod.* Nov. 131, cap. 11-12.

(2) Vedi Lauterbach, *De executione volunt. ult. in diss. accadem.*, II, n. 79. — Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 390, ss. — Heimbach *in Rechtslexicon*, X, pag. 1011, ss.

## Capitolo IV. — Della successione necessaria.

### Bibliografia.

De Poll, *De exheredatione et praeteritione rom. et hod. lib. sincul.* Amstelodami 1700. — Finestres, *Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de libris et postumis*, Cervar. 1759. — *Idem, ad. Tit. Pand. de inofficioso testamento*, Cervar. 1752. — Heisi, *De successoribus necessariis*, Gottingae 1802. — Valett, *Das Recht der nothwentig testament. Berücksichtigung gewisser Verwandten*, Gött. 1826. — Bluntschli, *Entwiklung der Erbfolge gegen der letzten Willen nach röm Recte mit bes. Berucksichtigung der Nov. 115*, Bonn. 1829. — Bock, *Lehre von der Enterbung*, Leipsig 1831. — Francke, *Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten*, Göttingae 1831. — Glück, *Pand.*, VI, pag. 560; VII, pag. 1, ss.: XXXV, pag. 76, ss. — Mühlenbruch *in Glück*. XXXV, pag. 119, ss.; XXXVI-XXXVII-XXXVIII, pag. 1, ss. — Rosshirt, *Testament. Erbr.*, I, pag. 27, ss. — Arndts, *In Weiskes Rechtslexicon*, VIII, pag. 76, ss. — Schmidt, *Das formelle Recht der Notherben*, Leipsig 1862. — Vangerow, *Pand.*, § 467, ss. — Elvers, *in Themis n. E.*, I, pag. 199, ss. — Tewes, II, § 125, ss.

### § 53. — *Della successione necessaria in generale.*

196. Nozione e fondamento della successione necessaria; sua divisione. — 197. Successione necessaria formale; regole riflettenti questa successione; diritto di essere istituiti o diseredati espressamente, o *inter ceteros*; successione necessaria formale nel diritto pretorio; modificazioni Giustinianee. — 198. Successione necessaria materiale; differenze tra le due forme di successione necessaria; chi ha diritto alla porzione legittima; modificazioni di Giustiniano per mezzo della Nov. 115.

**196.** Il diritto romano riconosce accanto alla successione legittima e testamentaria una successione necessaria, cioè una successione che per alcune persone deve essere ammessa anche contro la volontà del testatore, per modo che alcune persone riconoscono in sè i diritti tanto della successione legittima che quelli della successione testamentaria nel senso che essi hanno il diritto di essere ricordati nel testamento.

Il fondamento di questa successione sta nella famiglia, la quale costituendo nel dritto romano una unità organica, i suoi componenti sono considerati come condomini rispetto al patrimonio domestico. Questo concetto antichissimo si è mantenuto anche fino agli ultimi tempi nel dritto romano, di guisa che Giustiniano, per giustificare il diritto dei figli rimasti sotto la patria potestà del padre fino alla sua morte ad essere istituiti o debitamente diseredati, accettò nelle sue pandette la L. 11, *de liberis et postumis* di Paolo che riconosce questo diritto derivare dal condominio domestico.

Certo, le prime notizie che abbiamo della facoltà del padre di famiglia a fare il suo testamento, sono così larghe da fare ammettere in lui una libertà sconfinata e senza controllo anche a danno dei suoi figli.

Le leggi delle dodici tavole contengono questa massima generale: *uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suae, ita ius esto.* Che il padre di famiglia avesse una libertà di testare amplissima, non è da mettere in dubbio; ma che tale potestà si estendesse fino al punto ch'egli potesse escludere assolutamente i figli, e disporre in favore degli estranei, è cosa che ripugna alla costituzione primitiva della famiglia romana, in cui il complesso del patrimonio famigliare apparteneva non al *paterfamilias* come persona, ma

a quest'ente complessivo, la famiglia, ed al padre come rappresentante di essa. Piuttosto è più conforme alla indole di quei tempi l'ammettere che quella potestà larga conceduta al padre di famiglia riflettesse la potestà di potere nel testamento diseredare i figliuoli.

In effetto in questo modo i Giureconsulti romani interpretarono la famosa massima delle leggi delle dodici tavole testè riportata, quantochè Pomponio alla L. 120, *de reg. iur.* (50,16), dice: *Verbis legis duodecim tabularum his: uti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate iura constituentium.*

Le interpretazioni posteriori adunque restrinsero il significato troppo largo che appariva da quel testo; considerando che la limitazione del testatore d'istituire o debitamente diseredare i figliuoli suoi fosse implicita in quel testo.

La prima manifestazione di questo diritto necessario è tutta formale, cioè nella debita istituzione e diseredazione di alcuni eredi. Più tardi questo dritto si manifesta ancora nella facoltà concessa a certi eredi, ed in significato più largo, di pretendere una parte materiale del patrimonio. Infine Giustiniano col suo nuovissimo dritto riunisce queste due parti in guisa che tutti gli eredi necessarî per regola generale hanno diritto, non solo alla porzione materiale dell'asse ereditario, ma ancora alla parte formale cioè al diritto di essere istituiti o diseredati dietro giusti e determinati motivi.

**197.** 1) La successione necessaria formale è la più antica, quella che sola formava la successione contro il testamento. Cicerone la ricorda già come un dritto tradizionale (1), e la troviamo affermata dai giureconsulti romani sulla base del principio che i figli *sui*, anche durante la vita del padre, siano condomini del patrimonio domestico, d'onde il diritto ad essere istituiti eredi o debitamente diseredati. Anzi per questo concetto Paolo non ammetteva neppure che i figli succedessero al padre, perchè, essendo stati essi condomini durante la vita di lui, acquistavano piuttosto una libera amministrazione anzichè una vera successione.

L. 11, *de liberis et postumis* (28, 2) - In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur unde etiam filiusfamilias appellantur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.

Gai, *Inst.*, II, 157 - Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum: necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

Questo dritto formale era regolato in questa guisa: Il dritto ad essere nominatamente istituito erede o debitamente diseredato era limitato ai soli figli *sui*, cioè a coloro i quali, essendo maschi, si trovavano sotto la patria potestà all'epoca della morte del padre.

Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur; adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiam si vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse licet, quia statim ab initio non constituerit institutio; sed diversae scholae auctores si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et suum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit post ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant, non statim Mutio inutiliter fieri testamentum filio praeterito (2).

Quanto al postumo maschile la istituzione e la diseredazione rifletteva anche i gradi più remoti.

§ 1, *Inst. de exhered. liberorum* (2, 13) - Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur: *Titius filius meus exheres esto*, sive ita: *filius meus exheres esto*, non adiecto proprio nomine, scilicet si alius filius non exstet. Postumi quoque liberi vel heredes institui debent, vel exheredari; et in eo par omnium conditio est quod, et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis (*sive feminini sexus, sive masculini*) praeterito valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumae rumpitur; et ea ratione totum infirmatur: ideoque si mulier ex qua postumus aut postuma sperabatur abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeptam. Sed feminini ideo sexus personae vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant dum tamen, si inter ceteros exheredentur aliquid eis legetur ne videantur praeteritae esse per oblivionem. Masculos vero postumos id est filium et deinceps placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: *quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto.*

Alcuni altri eredi, cioè i *sui* di sesso femminile e i nipoti, potevano essere diseredati *inter ceteros.*

Gai, *Inst.*, II, 134 - .... idemque L. Junia Vellea provisum est, qua simul cavetur, ut illi quasi postumi virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur, aliquid legetur.

Ulp., *Fragm.*, XXII, 21 - Postumus filius nominatim exheredandus est: filia postuma ceteraeque postumae feminae vel nominatim vel inter ceteros; dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur. — 22 - Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adiectione legati sunt exheredandi: sed totius et tamen nominatim eos exheredari: et id observatur magis.

Se il testatore non avea adempiuto a quest'obbligo, il testamento per mancanza di tale formalità era completamente nullo; si faceva solo questione tra i Sabiniani e i Proculeiani, perchè i primi volevano che il testamento era nullo fin dal principio, dimodochè la morte del *suus* prima del testatore a nulla influiva e il testamento rimaneva sempre nullo; i Proculeiani invece sostenevano che il testamento fosse nullo solo quando colui che era stato pretèrito sopravvivesse al testatore (3).

Se invece erano preteriti le figlie e i nipoti, il testamento non era per questo nullo, ma aveva luogo un così detto dritto di accrescimento in favore delle persone preterite, in questa proporzione che rispetto ai *sui* tale diritto di accrescimento era stabilito per una porzione virile, rispetto agli estranei comprendeva la metà dell'asse ereditario, computando molti nipoti di un figlio come una sola persona.

Gai, *Inst.*, II, 124 - Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator valet testamentum: quo praeteritae sunt

(1) Cicerone, *De oratore*, I, 38-57; *Pro Caecina*, cap. 25.
(2) Gai, *Inst.*, II, 127. Ulp., *Fragm.*, XXII (16, 20).

(3) Gai, *Inst.*, II, 123.

personae, scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui instituti sint in virilem: si extranei in dimidiam: id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres; quoque eo praetor etiam tuetur eam secundum ius civile, ex quo et ab intestato tantam partem habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo et dimidia parte fit heres; quae de filia diximus eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis sive masculini, sive feminini sexus dicta intelligemus (1).

Se un *postumus* era diseredato *inter ceteros* o completamente preterito, ovvero se una postuma era diseredata *inter ceteros* senza esserle rilasciato un legato, oppure era completamente preterita, non si dava luogo nè alla nullità, nè a quel tale diritto di accrescimento, sibbene esso testamento per l'*agnatio o quasi agnatio* si rompeva.

Ulp., *Fragm.*, XXII, 18 - Postumi quicunque liberi cuiuscumque sexus omissi quoad valuit testamentum, agnatione rumpunt (2).

La successione necessaria formale fu, in analogia del diritto civile, riconosciuta anche dal diritto pretorio sulla base più larga della parentela naturale, e secondo le regole di questo diritto stabilita nella *bonorum possessio intestati.*

1) L'obbligo alla istituzione o alla debita diseredazione fu stabilito per gli ascendenti in favore di tutti i discendenti di sesso maschile, indifferentemente se fossero già nati o postumi, ovvero fossero di primo o di grado remoto. La diseredazione di queste persone dovrà essere fatta *nominatim;* gli altri potevano essere diseredati *inter ceteros.*

Ulp., *Fragm.*, XXII, 23 - Emancipatos liberos cuiusque sexus, quamvis jure civili neque heredes instituere neque exheredare necesserit, tamen Praetor iubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros; alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur (3).

Se ciò non fosse stato fatto, si concedeva ai preteriti la *bonorum possessio contra tabulas*, la quale produceva non la nullità, ma quasi una rescissione del testamento. Un rescritto di Antonino stabilì che le figlie preterite per mezzo della *bonorum possessio contra tabulas* non potessero conseguire più di quello che avrebbero ottenuto per mezzo dell'istituto di diritto civile nel diritto di accrescimento.

Gai, *Inst.*, II, 126 - Et efficeretur sane per hanc bonorum possessionem, ut nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper Imperator Antoninus significavit rescripto, suas non plus nancisce feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur.

Quod in emancipatis feminis similiter obtinet, scilicet ut quod adcrescendi iure habiturae essent, si suae fecissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant.

A questo diritto necessario pretorio Giustiniano apportò una modificazione, togliendo qualunque differenza tra maschi e femmine; e ciò tanto relativamente al contenuto, quanto alle conseguenze in caso di preterizione. Secondo questa modificazione dunque gli ascendenti maschili dovevano istituire tutti i discendenti i quali si trovassero più prossimi successibili, ovvero dovevano nominatamente diseredarli. Se si fosse a ciò mancato, bisognava distinguere se tra ascendenti e discendenti preteriti vi fosse ancora o no vincolo di agnazione. In questo caso neppure il testamento era nullo, ma il preterito poteva accettare la *bonorum possessio contra tabulas;* nel caso che vi fosse ancora il vincolo di agnazione, il testamento era nullo senza differenza tra figli e figlie, discendenti di primo o di grado più remoto.

L. 4, § 1, *de liber. praeter.* (6, 28) - Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares et feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes nominatim procedere, et contra tabulas bonorum possessionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus: ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum, ipso iure avertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur. Et haec non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus et deinceps observari censemus, si tamen ex masculis progeniti sunt (4).

**198.** 2) Questa successione necessaria ebbe più tardi un maggiore sviluppo; quantochè, oltre all'obbligo della istituzione o diseredazione, gli eredi dovessero anche conseguire una parte materiale dell'asse ereditario. Colla semplice diseredazione poteva accadere benissimo che il figlio, o generalmente l'erede necessario, fosse arbitrariamente allontanato dalla eredità. Quindi tale arbitrio fu limitato in ciò che, se il diseredato potesse provare la insussistenza di qualunque motivo e quindi la ingiustizia della diseredazione, poteva esercitare contro il testamento la *querela inofficiosi testamenti* nata a somiglianza della legge Falcidia dagli usi del Tribunale decemvirale (5).

Questa parte fu stabilita nella proporzione del quarto del patrimonio ereditario, e fu detta perciò porzione legittima.

Le differenze che intercedono tra la successione necessaria formale, e la necessaria materiale o porzione legittima sono le seguenti.

*a*) La successione formale, secondo suona la parola, si rapporta alla forma della istituzione o della diseredazione; diguisachè, se ad un *suus* preterito si fosse lasciato un legato, pure essendo il legato parte di una eredità, il testamento era nullo per mancanza di forma. Al contrario l'altra successione necessaria è puramente materiale, e riguarda una quota parte della eredità comunque lasciata, sia *titulo universali* con la istituzione di erede, sia *titulo singulari* per mezzo di legati o fedecommessi.

*b*) Le persone che hanno diritto alla porzione legittima sono alquanto diverse da quelle che hanno diritto ad una formale successione. Imperochè non solo gli ascendenti hanno l'obbligo di lasciare la porzione legittima ai discendenti, ma ancora quest'obbligo riguarda i discendenti verso gli ascendenti, e in determinate circostanze rispetto ai fratelli consanguinei.

*c*) Quanto alle conseguenze, se si contravviene all'obbligo della istituzione, o della diseredazione il testamento o è nullo o si concede contro di esso la *bonorum possessio contra tabulas.*

Se al contrario si contravviene all'obbligo di lasciare

(1) Ulp., *Fragm.*, XXII, 12. Pauli, *Receptae sententiae*, III, 4, § 8. *Lex romana Burgund.*, tit. 45.

(2) § 1, *Inst. de hered. liber.* (2, 13).

(3) Gai, *Inst.*, II, 129, 135. § 3, *Inst. de exhered. liber.* (2, 13).

(4) Confr. § 5, *Inst. de exhered. liber.* (2, 13). Glück, VII, pag. 298 e nota 31. Bluntschli, op. cit., pag. 116. Francke, pag. 163. Mühlenbruch *in Glück*, XXXVII, pag. 92, ss.

(5) Confr. L. 4, C. *de liber. praeter.* (6, 28); L. 13, *de inofficioso testamento* (5, 2); L. 30, *de liberat.* (34, 3).

la porzione legittima, il testamento non è nullo, ma solo rescindibile con la *querela inofficiosi testamenti*, la quale solo rispetto all'interessato si rappresenta come una *hereditatis petitio ab intestato qualificata*.

Giustiniano apportò una modificazione dapprima in ciò, che non solo colla Nov. 18 fu elevata la quota legittima, ma si concesse la *querela inofficiosi testamenti* solo quando non si fosse nulla lasciato, mentre, se si fosse lesa in parte la porzione medesima, si aveva diritto solo al supplemento con l'*actio ad supplendam legitimam*.

3) Finalmente lo stesso Imperatore Giustiniano modificò profondamente colla Nov. 115 tutta la successione necessaria, riunendo in uno tanto la parte formale che la parte materiale con la Nov. 115 in questo modo.

*a*) Tutti gli eredi che hanno diritto alla porzione legittima (escluso solo i germani nelle speciali occasioni in cui ad essi si concede la *querela inofficiosi testamenti*) hanno diritto egualmente al nome di erede e quindi ad essere istituiti.

*b*) Quanto alla diseredazione non bastava la formale diseredazione, ma bisognava che si allegasse uno dei giusti motivi determinati dalla legge.

Anche prima di Giustiniano la diseredazione non fatta con giusti motivi dava luogo alla *querela inofficiosi testamenti*, però l'apprezzamento dei motivi di diseredazione, se fondati o no, era lasciato alla coscienza dei giudici del tribunale decemvirale, o al giudizio dell'Imperatore che vi provvedeva mediante rescritto (1).

Giustiniano non volle lasciare all'arbitrio di nessuno una quistione di tanto momento, e stabilì per legge quali dovessero essere i motivi per cui il testatore poteva efficacemente diseredare chi avesse diritto alla istituzione ed alla porzione legittima.

c) Finalmente il mezzo giuridico contro il testamento, se mai dal testatore si fosse contravvenuto a questi obblighi, è la *querela nullitatis*, contraddistinta dalla scuola col nome *ex iure novo* per distinguerla dal mezzo conceduto al *suus heres* secondo il diritto civile, detto perciò *querela nullitatis ex iure antiquo*. E ciò tanto più che la *querela ex* Nov. 115 ha questa differenza con l'antica, inquantochè annulla tutta la parte formale nelle istituzioni, e vi rimangono i legati e fedecommessi come si vedrà a suo luogo.

## I. — Della successione necessaria formale.

### § 54. — *Della istituzione degli eredi necessari.*

Bibliografia.

T., *Inst. de exheredatione liberorum* (2, 13). — T., D. *de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis* (28, 2). — T., C. *de liberis praeteritis vel exheredatis* (2, 28). — C. *de postumis heredibus instituendis vel exheredandis* (6, 28). — Van de Poll, *De exheredatione et praeteritione romana atque hodierna*, cap. 9 a 15, Ultrauti 1712. — Fein, *De herede suo sub conditione instituto*, Gött. 1777. — Valett, *Von der exheredatio ab omnibus gradibus*. — Pangenstecher, *De agnatione postumi ad Ulp. Fragm.*, XXII, § 19. — Francke, op. cit., pag. 1, ss. — Mühlenbruch *in Glück*, XXXVI, pag. 189; XXXVII, pag. 85. — Glück, vol. VII, pag 278. — Vangerow, II, § 468. — Schmidt, op. cit., pag. 1, ss. — Arndts *in Rechtslexicon*, III, pag. 884, ss.; VII, pag. 81.

(1) L. 11-18-19-20-33, § 1, C. *de inoff. test.* (3, 28).

(2) L. 11, *de post. et legit. hered.* (28, 2) riportata al paragrafo precedente.

199. Persone che hanno diritto ad essere istituite o debitamente diseredate; *sui*. — 200. Dei postumi; diverse fasi per cui si venne a ritenere che la istituzione o diseredazione di postumi non varia il testamento; dei postumi legittimi; postumi Aquiliani; postumi Velleiani; postumi Salviani. — 201. Regole relative alla istituzione dell'erede necessario; istituzione sotto condizione.

**199.** Le regole su questo argomento possono distinguersi rispetto ai subietti che hanno diritto ad essere istituiti o debitamente diseredati; rispetto alla stessa istituzione; e finalmente relativamente alle cose.

I. Debbono essere istituiti o debitamente diseredati secondo il dritto civile:

1) I *sui* del testatore, cioè a dire coloro i quali fino all'epoca della morte del padre sono rimasti sotto la patria potestà di lui, però gl'immediati, cioè a dire coloro i quali alla morte del testatore diventano *sui iuris*. Al contrario i più remoti, p. e. i nipoti, che insieme al padre erano sottoposti alla patria potestà dell'avo, alla morte di costui non hanno diritto ad essere istituiti eredi. Il fondamento su cui poggia questo diritto alla istituzione è il principio che questi eredi erano condomini del patrimonio domestico anche prima della morte del testatore (2).

**200.** 2) Tra i *sui* vanno compresi i postumi nel largo significato giuridico della parola e di questi si comprendono diverse categorie.

*a*) La regola che i postumi potevano essere istituiti o diseredati, mentre erano persone incerte, ha subito molte fasi nella storia del diritto romano.

Si rileva da un frammento di Ulpiano, XXII, 19, essersi accettata dalla giurisprudenza romana, probabilmente nel VI secolo di Roma, una modificazione consistente nel dare facoltà al testatore d'istituire o diseredare un figlio suo nel caso nascesse dopo la sua morte ed evitare così la rottura del testamento. Ciò che avveniva indubbiamente prima anche quando tali postumi fossero stati istituiti, perchè, essendo all'epoca della fazione del testamento persone incerte, la loro istituzione era nulla.

Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint possumus instituere heredes: si quidem post mortem nascantur, ex iure civili, si vero viventibus nobis ex lege Iunia.

Questi postumi furono appellati legittimi.

*b*) Da Gallo Aquilio fu introdotta una formola, mercè cui si evitava la rottura del testamento con istituire o debitamente diseredare un nipote, anche quando il figlio vivente al tempo della fazione del testamento muoia durante la vita del testatore, ammesso però che questo nipote nasca dopo la morte di entrambi.

L. 29, *h. t.* (28, 2) - Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *si filius meus vivo me morietur, tunc, siquis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto*. — § 1 - Quidam recte admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit (3).

Questi postumi furono detti *Aquiliani*.

La giurisprudenza romana nell'applicazione estese la formola Aquiliana anche ai pronipoti, sia quando il figlio fosse morto alla data del testamento ed il nipote vivesse,

(3) Questa legge famosa appartiene a quelle leggi dette dannate, perchè di difficile interpretazione e di contesti variabilissimi ne' diversi manoscritti. Vedi Francke, op. cit., pag. 23. Mühlenbruch, vol. 36, pag. 181. Vangerow, § 468, note.

sia quando viceversa fosse morto il nipote e vivesse il figlio, ovvero che entrambi vivessero, ma si prevedesse la morte di entrambi durante la vita del testatore.

L. 29, § 2, *eod.* - Idem credendum est, Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator: *si me vivo nepos decedat tunc qui ex eo pronepos, et cetera.* — § 3 - Sed et si vivo filio, iam mortuo pronepote (1), cuius uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: *si me vivo filius decedat tunc qui pronepos.....* — § 4 - Num si et filius et nepos vivat, concipere (poterit), *utrisque mortuis, vivo se tunc qui pronepos nasceretur?* quod similiter admittendum est, ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur.

Si comprende da sè che per mettere in atto la formola Aquiliana bisognava istituire il figlio; imperochè la diseredazione del nipote dopo la morte del figlio diseredato serebbe di nessuno momento; e non avendo in questo caso il nipote nulla ereditato, non vi sarebbe neppure obbligo ad istituirlo.

L. 29, § 10, *eod.* - In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam; quod non esse necessarium in filio qui apud hostes est, si ibi decedat, et in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus quia possunt praeteriri.

*c*) Un decisivo progresso in questa teorica fu segnato dalla L. Giunia Velleia probabilmente circa l'anno 763 di Roma. Imperochè fu permessa la istituzione e la diseredazione, e quindi evitata la rottura del testamento, anche quando il postumo nascesse durante la vita del testatore.

Questa legge aveva due capitoli:

Il primo riguardava i discendenti che nascevano dopo la redazione del testamento, ma durante la vita del testatore, ed acquistavano già colla nascita la qualità di *sui*.

L. 29, § 12, 13, *eod.* - Et videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur sui heredes futuri essent. Et rogo, si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum, ex eo heredem instituas filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos, qui eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre nascatur (2); quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus quo nascitur; nam et si ita verba sunt: *qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit, etc., etiam si vivente parente vivo nascantur.* — § 13 - Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum; et ita interpretandum est, ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent: *siquis ex suis heredibus suus heres esse desierit,* ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus, nec solum si nepos vivo patre decedat ne (3) succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri, ac decedat dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.

Questi *postumi* furono chiamati Velleiani primi.

Nel secondo capitolo la L. Giunia riguardava invece quei discendenti i quali erano già nati alla data del testamento, ma, vivente ancora una o più persone tra essi ed il testatore, non avevano a quel tempo la qualità di *sui heredes*, e quindi l'acquistavano dopo per la premorienza delle persone intermedie.

L. 29, § 14, 15, *eod.* - Videndum, num hac posteriore parte: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius* et cetera *in locum suorum sui heredes succedundo* possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat; nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod, licet audenter, possis dicere vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire. — § 15 - Ille casus in difficili est, si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo ac mox pater decedat; non enim suus heres est tempore, quo nascatur, nec posteriore alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit. Denique et superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui, quum nascentur, sui erunt, permittit, posteriore capite non permittit instituti, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Iuliano tamen videtur duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.

In quest'ultima parte del testo trascritto si ha una riunione de' due capitoli della L. Velleia per mezzo della autorità di Salvio Giuliano. Ed infatti vi potevano essere *postumi* i quali non si trovavano nè esclusivamente nel primo nè nel secondo capitolo della L. Velleia, p. e., uno poteva nascere dopo la redazione del testamento, ed addivenire *suus* dopo morta la persona intermedia tra lui ed il testatore. Fu permessa dunque la utile istituzione o la diseredazione di questi *postumi*, i quali furono chiamati *Salviani* o *Iuliani*.

In fondo la istituzione di quegli eredi, i quali, sebbene non avessero a tempo della loro nascita la qualità di *sui*, pure l'acquistavano dopo, era valido certamente anche prima della L. Velleia, stantechè erano persone certe, quindi non è propriamente da attribuire a quella legge il potere concesso d'istituire simili eredi. Però la legge Velleia produsse questo duplice effetto, innanzi tutto riescì valida la diseredazione, ed in secondo luogo quella istituzione, prima di essa legge, non evitava la rottura del testamento, quando quegli eredi acquistavano la qualità di *sui*, morendo la persona intermedia tra essi ed il testatore.

La disposizione del secondo capitolo della legge Velleia si estendeva anche al pronipote, per il quale era indifferente, se fosse premorto al testatore prima il nipote e poi il figlio o viceversa. In questo ultimo caso però il nipote, ossia il padre dell'istituito pronipote, dev'essere necessariamente istituito o diseredato, perchè il testamento non fosse stato rotto da lui.

Tali *postumi* furono detti *postumi Velleiani secundi*.

Similmente altri *postumi* non compresi nella L. Velleia, possono essere validamente istituiti o diseredati. Ammesso il caso che uno istituisca un nipote mentre vive il figlio, e la nuora incinta partorisca in prigionia del nemico, e finalmente che il nato ritorni dopo la morte del padre e dell'avo, questo *postumo* è nato, vivente il testatore, e da questo lato può essere tenuto come *postumus Velleianus;* ma ritornando, acquista i diritti di *postumo* dopo la morte del testatore, e da questo

(1) La variante di *nepote* sembra più logica.

(2) Se questa parola *nascatur* debba essere mantenuta secondo la edizione fiorentina o tolta via, vedi Mühlenbruch, pag. 205. Vangerow, § 468, nota 13.

(3) Questa particella *ne* invece di *nec*, variante proposta dal Francke, pare più logica della parola *nec* per dare un senso più logico alla legge. Vedi Vangerow, loc. cit., not. 15. In contr. Mühlenbruch, loc. cit., pag. 218 ss.

lato può essere considerato come *postumo Aquiliano*. In questa guisa fu estesa di più dalla giurisprudenza la legge Giunia Velleia e la forma Aquiliana.

Queste modificazioni riguardano solamente due categorie di *postumi*, cioè quelli che acquistano i diritti di *suità* con la nascita, e quelli che addivenivano *sui* per la morte della persona intermedia. I *postumi* che acquistano il diritto di *suità* del padre per la morte dell'avo e quelli che l'acquistano a causa di adozione o di arrogazione non erano punto contemplati da queste disposizioni speciali.

Però la scienza per via di analogia regolò le due categorie di *postumi* testè nominate.

Se si addiveniva *postumo* del padre, perchè morto l'avo paterno, era ritenuto che il figlio non rompeva il testamento del padre fatto sul peculio castrense o quasi castrense, se in quello fosse stato istituito o debitamente diseredato.

L. 28, § 1, *eod.* - Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum habens filium in eiusdem potestate; quum militare desiisset, patre eodemque avo defuncto, quaesitum est an rumpetur ejus testamentum? non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum, sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat, simulque paterfamilias factus est, et filius sub eius recidit potestate; rumpetur ergo testamentum. Sed si heres sit institutus, vel exheredatus iste eius filius, non rumpitur, quia nullo circa eum novo facto, sed omittente quodam naturali nactus est potestatem.

Tra i giureconsulti romani non vi era unanimità di pareri per il caso che si acquistassero i diritti di *suità* per via di adozione.

Da una parte Gaio sosteneva la rottura del testamento, anche quando dopo la redazione di esso l'adottato vi si trovasse istituito.

Gai, *Inst.*, II, 140 - Nec prodest sive haec, sive ille, qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave: nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, cum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit.

Scevola e Papiniano difendevano invece la dottrina contraria.

L. 18, *de iniusto rupto test.* (28, 3) - Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in exstraneo locum habebit.

L. 23, § 1, *de lib. et post.* - Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur.

La opinione di questi ultimi giureconsulti è da preferire, perchè accettata nelle Pandette, mentre non fu ricevuta quella di Gaio; e perciò la quistione nella legislazione giustinianea deve considerarsi come risoluta.

Tutto questo vale però per la istituzione. Quanto alla diseredazione non possiamo dire lo stesso; imperocchè l'atto della diseredazione, come odioso, dev'essere considerato di stretta interpretazione; per conseguenza la diseredazione, già scritta all'epoca della redazione del testamento e prima dell'adozione o arrogazione, non ha nessun valore.

L. 8, § 8, *de bon. poss. contra tabul.* (37, 4) - Sed in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exheredatio ei arrogato postea non noceat.

Ciò però quando non si tratta di un figlio emancipato o dato in adozione e poi arrogato o riadottato dal padre, perchè, in tal caso la diseredazione, scritta nel testamento del padre naturale prima che fosse emancipato o dato in adozione, resta nella sua piena validità.

L. 8, § 7, *eod.* (37, 4) - Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque postea arrogaverit, Papinianus libro duodecimo quaestionum ait, iura naturalia in eo praevalere; idcirco exheredationem nocere. — § 10 - Si filium in adoptiva familia constitutum pater naturalis exheredaverit, deinde sit filius emancipatus, nocebit ei exheredatio (1).

Infine è da osservare che tutti questi principii avevano un pieno valore quando il testatore nell'istituire o diseredare adoperava la seguente formola: *Sive vivo me, sive mortuo natus natave fuerit, heres* ovvero *exheres esto*. Se invece avesse adoperato questa formola: *Qui vivo me natus fuerit* etc., e il *postumo* fosse nato dopo la morte del testatore, quantunque istituito, rompeva, appena nato, il testamento.

L. 10, *de lib. et post. hered. inst.* (28, 2). - Commodissime his, qui nondum natus est, ita heres instituitur: *sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto*, aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione; si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum quia hic filius nec sub conditione quidam scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus.

Questo principio rigoroso fu modificato da Giustiniano, il quale volle che in simile emergenza dovesse valere molto di più la volontà del testatore che la sua espressione.

L. 4, C. *de post. hered. inst.* (6, 29) - Quidam, quum testamentum faciebat, his verbis usus est: *si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto*, vel ita dixit: *filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meae nascentur, heredes sunto.* Iurgium antiquis interpretationibus legum exortum est, an videantur non contineri testamento, et hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam decidentibus, quum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes, ex neutra huiusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur, sed sive vivo testatore, sive post mortem eius intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, maneat testatoris voluntas immutilata, ne poenam patiatur praeteritionis qui suos filios non praeteriit.

Secondo questa disposizione, quando la istituzione è espressa per un sol caso, essa è valida anche se il *postumo* nasca per il caso inverso.

Nella diseredazione però bisogna attenersi strettamente all'applicazione rigorosa della antica formola, perchè era massima accettata che *exheredationes non sunt adiuvandae* (2).

**201.** II. Tutti gli eredi *sui*, sia nati che *postumi*, devono essere istituiti eredi.

La istituzione dell'erede necessario per essere valida deve esser fatta secondo le seguenti regole:

L'istituzione dell'erede necessario non può essere fatta sotto condizione. Apposta una condizione sospensiva, il testamento è *ruptum*. Anzi una condizione impossibile, mentre nella istituzione di un erede ordinario vale come non messa, nell'istituzione di un erede necessario invece annulla la istituzione, e quindi l'erede necessario vale come preterito.

(1) Vedi anche L. 23, pr. *de lib. et post.* (28, 2).

(2) L. 19, *de lib et post.* (28, 2).

L. 15, *de cond. inst.* (28, 7) - Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in eius potestate; nam quae facta laedunt pietatem, existimationem verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Questo principio è temperato non di meno nei seguenti casi:

*a*) La condizione puramente potestativa è considerata come bene apposta.

L. 4, *de hered. inst.* (28, 5) - Suus quoque sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest; et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius potest, de hoc enim inter omnes constat (1)

L'apposizione di una tale condizione produce i seguenti effetti: se vi sono coeredi o sostituiti, *deficiente conditione* l'eredità è loro devoluta; se poi il *suus* fosse solo istituito, sta in arbitrio suo di adempire la condizione ed accettare così l'eredità per testamento, ovvero mancando alla condizione, egli, vi succederebbe *ab intestato*. In tal caso però, ad evitare frodi in pregiudizio dei legatari, il Pretore dispose che in ogni caso il *suus heres* era obbligato a pagare i legati.

L. 1, § 8, *si quis omissa causa test.* (29, 4) - Qui sub conditione institutus heres potuit parere conditioni, nec paruit, quum conditio talis sit, ut in arbitrio sit, heredes instituti, deinde ab intestato possideat hereditatem, debebit edicto teneri, quia eiusmodi conditio pro pura debet haberi (2).

Morendo l'erede istituito senza aver dichiarato come avrebbe voluto succedere, se col testamento o *ab intestato*, bisogna distinguere la natura della condizione, se questa è tale che non poteva essere adempiuta nel punto della morte e se è certo che durante la vita di lui è stata deficiente, l'erede necessario avrà ereditato *ab intestato*, e quindi la successione sarà devoluta ai suoi eredi. Se poi la condizione si sarebbe potuta adempiere anche nell'ultimo momento della vita del *suus*, l'eredità non sarà devoluta agli eredi di lui, ma agli eredi del testatore.

L. 5, *de hered. inst.* (28, 5) - Si eiusmodi sit conditio, sub qua filius heres institutus sit, ut ultimo vitae eius tempore certum sit: eam exsistere non posse, et pendente ea decedat, intestato patri heres erit, veluti: si *Alexandriam pervenerit, heres esto;* quod si etiam novissimo tempore impleri potest veluti: si *decem Titio dederit, heres esto*, contra puto (3).

*b*) L'erede *suus* può essere anche istituito sotto una condizione casuale, quando il testatore dichiara di diseredarlo nel caso che la condizione non si avveri.

È pure necessario che l'avvenimento della condizione si avveri al tempo della vita del *suus heres*, poichè egli dev'essere durante la sua vita istituito o diseredato, altrimenti è considerato come preterito.

L. 28, *de suis et post. hered.* (28, 2) - Filius a patre cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus decessit, pendente etiam tunc conditione tam institutionis, quam exheredationis; dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia, dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit. Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest (4).

*c*) La regola suddetta non valeva per i figli e per i nipoti.

L. 6, § 1, *de hered. inst.* (28, 5) - Nepotes autem et deinceps ceteri, qui ex lege Velleia instituti, non rumpunt testamenta, sub omni conditione institui possunt, etsi redigantur ad filii conditionem (5).

Giustiniano però estese ad essi le stesse regole di ogni altro *suus heres*.

§ 5, *Inst. de exher. lib.* (2, 13) - Nostra vero constitutio, inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans, utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua XII tabulorum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, qua et Praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile ius et in filiis et filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis... introduxit (6).

## § 55. — *Della diseredazione.*

202. Significato della parola *diseredare;* diseredazione del *suus*. — 203. Regole relative alla diseredazione. — 204. Diseredazione di tutti i gradi; regole ed applicazione di questo principio: valore della massima: *eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere.* — 205. Luogo del testamento in cui dev'essere posta la diseredazione. — 206. *Exheredatio bona mente.*

**202.** Diseredare è rimuovere dalla istituzione di erede l'*heres suus*. Tale rimozione però dev'essere espressa in una formola determinata, come si è detto innanzi, formula che prenda appunto il nome di *rite exheredatio.* Essa va inoltre soggetta alle seguenti regole:

**203.** 1) Il *suus* dev'essere assolutamente senza modalità ed espressamente escluso.

L. 13, § 2, *de lib. et post. h. t.* (28, 2) - Testamentum quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto*, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est: quare et contra tabulas paternorum libertorum huiusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit.

2) La diseredazione deve estendersi a tutto il patrimonio del testatore.

L. 19, *h. t.* (28, 2) - Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: *et in cetera parte exheres mihi erit*, et quaereretur, an recte exheredatus videretur? Scaevola respondit non videtur, et in disputando adiiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur; aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae (7).

3) La diseredazione non deve avvenire *post aditam hereditatem*, ma il figlio dev'essere prima di questo fatto diseredato. Dato che in un testamento si fosse detto: Tizio sarà mio erede, e se lo addiviene, mio figlio sia diseredato, la istituzione dell'erede è nulla, perchè il figlio, essendo indebitamente diseredato, rompe il testamento.

L. 3, § 2, *h. t.* (28, 2) - ........ *quisquis mihi erit filius exheres esto*, nam ut Iulianus scribit, huiusmodi exheredatio

(1) L. 5 a 9, *de cond. inst.* (28, 7); L. 86, pr. *de hered. inst.* (28, 5).

(2) Vedi anche L. 4, § 2, *de hered. inst.* (28, 5).

(3) L. 28, *de cond. inst.* (28, 7).

(4) Vedi L. 4, C. *de test.* (6, 25); L. 13, § 2, *de lib. et post.;* L. 29, § 10, *de lib. et post.* (28, 2).

(5) L. 1, § 8, *de suis et leg. hered.* (28, 16).

(6) L. 4, C. *de lib. praeter.* (6, 28). Vangerow, § 469, nota.

(7) Vedi anche L. 3, § 1, *eod.*; L. 29, § 10, *h. t.*

vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile.

L. 68, *de hered. inst.* (28, 5) - ..... Titius heres esto, et quum heres erit Titius, filius exheres esto, nullius momenti esse exheredationem.

4) La diseredazione non deve rimettersi ad un tempo dopo la morte del diseredato (1).

**204.** 5) Finalmente la diseredazione deve estendersi a tutti i gradi quando nel testamento vi sono più gradi d'istituzione; sicchè la diseredazione fatta nel primo grado s'intende ripetuta negli altri gradi (2).

Bisogna però tener presenti le seguenti norme:

*a)* Se il *suus* esistente al tempo della redazione del testamento non è diseredato da tutti i gradi, vale la massima *eum gradum a quo filius praeteritus sit non valere.*

L. 14, § 1, *de lib. et post.* (28, 2) - Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usquequaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari, ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Maevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem Maevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit.

*b)* Perciò se il *suus* è preterito nel primo grado e istituito nel secondo, non dovendo valere il grado in cui il figlio è preterito, la successione comincia dal secondo grado.

L. 43, § 2, *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6) - Lucius Titius, quum haberet filios in potestate uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios; quaesitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? respondi eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo quum idem substituti proponantur, ex testamento eos heredes exstitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus; nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum, quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est (3).

Vale lo stesso se il *suus* è preterito nel primo grado e diseredato nel secondo; perchè in questo caso la istituzione è completamente nulla, la successione incomincia dal secondo grado; di guisa che succedono immediatamente i sostituiti.

c) Se il *suus* è diseredato nel primo grado e preterito nel secondo, succedono gli eredi in primo grado, e se questi mancano, perchè non vogliono o non possono ereditare, i sostituiti non succedono, non essendo nel secondo grado istituito o diseredato il *suus heres;* la eredità perciò è devoluta *ab intestato.*

L. 8, *de lib. et post.* (28, 2) - Si primo herede instituto, filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum sententiam qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, quum ab eo filius exheredatus non sit. Quod si in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam, quum est natus filius, loco eius est, qui superstes est (4).

*d)* Non è sempre lo stesso per il postumo non diseredato in tutti i gradi. Se egli è dimenticato nel primo diseredato nel secondo, bisogna distinguere: se al momento che addiviene *suus*, il primo grado manca per altri motivi, vale la medesima regola che il postumo viene escluso dai sostituiti come pel *suus iam natus;* se poi il primo grado esiste ancora, la necessità del postumo rompe anche il secondo grado, ed egli entra nella successione *ab intestato.*

L. 5, *de iniusto rupto test.* (28, 3) - ..... Rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est; nam tollendo primum gradum sibi locum facit.

*e)* Riguardo al postumo diseredato in primo grado e preterito nel secondo vale la regola del *suus iam natus* (5).

Manca una decisione pel terzo caso, cioè se il postumo è preterito nel primo grado e istituito nel secondo. In tal caso è logico di distinguere come nel primo caso, cioè, se al momento che il postumo addiviene *suus* esistono gli eredi del primo grado, rompe tutto il testamento e la eredità gli vien devoluta *ab intestato;* nell'altro caso supposto egli è chiamato quale erede testamentario (6).

**205.** Circa al luogo in cui dev'essere messa la diseredazione la legge dispone:

*a)* Che la diseredazione premessa alla istituzione è efficace per ogni grado.

*b)* Essa può essere messa tra un grado e l'altro o in mezzo alla istituzione, ed allora si hanno le regole testè osservate.

*c)* Può essere anche messa dopo tutti i gradi, ed allora il diseredato sarà escluso da tutti i gradi, quando sia manifesta intenzione dal testatore.

L. 1, C. *de lib. praeter.* (6, 28) - Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribatur, si adiiciat testator, ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur iuri satisfactum. Et ideo etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, eum cum eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde quum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filiam exheredaverit, intelligendus est exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam quum iidem heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

**206.** La diseredazione per sè è una pena inflitta all'erede *suus* escludendolo completamente dall'eredità. Ma qualche volta può essere intesa in favore dello stesso diseredato, ed in questo caso la *exheredatio* fu detta *bona mente.*

Si può diseredare un erede necessario per tema che la eredità sia esposta a pericoli lasciandola nelle mani di lui, il quale per il primo ne soffrirebbe il pericolo. La diseredazione in questo modo avrà tutto il valore, quando il testatore ne avrà espresso il motivo (7).

È caso di *exheredatio bona mente* legare al prodigo i soli alimenti e istituire eredi i figliuoli di lui, ovvero diseredare il figliuolo impubere, e imporre l'obbligo di sostentarlo e di restituirgli la eredità quando sarà pubere.

(1) L. 28, pr. L. 13, § 2 (28, 2).

(2) L. 14, § 1, *de lib. et post.* (28, 1); L. 4, § 2, *de hered. inst.* (28, 5).

(3) L. 3, § 6, *de lib. et post.* (28, 2); L. 75, *de hered. inst.* (28, 5).

(4) L. 4, *de iniusto rupto testamento* (28, 3).

(5) L. 8, *de lib. et post.* (28, 2).

(6) Vedi Mühlenbruch, vol. 36, pag. 420, ss. Franke, pag. 78. Vangerow, § 470.

(7) L. 3, § 2, *de usurp.* (22, 1). Glück, XII, pag. 577.

L. 12, § 2, *de bonis libertorum* (38, 2) - Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet; ut puta pone furoris causa, exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem (1).

## § 56. — *Effetti della preterizione.*

Bibliografia.

T., D. *de bonorum possessione contra tabulas* (37, 4). — D., D. *de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur* (6, 12).

Sartorius, *De bonorum possessione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt*, Lipsiae 1775. — Foerster, *De bonorum possessione praeteritorum contra tabulas parentum*, Vratislaviae 1823. — Leist, *Bonorum possessio*, II, pag. 28, ss. — Uhrig, *Ueber die Wirkung der bonorum possessio contra tabulas*, Würzburg 1844. — Fabricius, *Ursprung der bonorum possessio*, pag. 104, ss., pag. 216, ss. — Blundal, op. cit., pag. 60, ss. — Franke, op. cit., pag. 121, ss. — Mühlenbruch *in Glück*, vol. 37, pag. 1, ss. — Vangerow, § 472. — De Retes, *Adversaria de bonorum possessione contra tabulas* (*Thesaurus Meermann*, VI, pag. 494).

207. Effetto immediato della preterizione secondo il diritto civile. — 208. Effetti della preterizione secondo il diritto pretorio. — 209. *Bonorum possessio contra tabulas* dell'emancipato preterito; *bonorum possessio commissa per alio edicto*. — 210. Effetti della *bonorum possessio*; il testamento non si annulla; quali legati vi rimangono?

**207.** I. Il *suus heres* il quale non è istituito erede o debitamente diseredato rompe il testamento, il quale addiviene nullo con tutto il suo contenuto, e quindi si apre la eredità *ab intestato*. Il preterito perciò insorge contro il testamento con la *querela nullitatis*, o addirittura con la *hereditatis petitio ab intestato*.

Egli potrà ancora avvalersi della *bonorum possessio contra tabulas*, però, come si avrà occasione di vedere, in tal caso questo mezzo pretorio ha obbiettivamente la importanza di una *petitio hereditatis ab intestato*.

Quanto alla preterizione degli altri eredi *sui* che potevano essere diseredati *inter ceteros*, si è osservato innanzi che essi potevano insorgere contro il testamento non per annullarlo ma per conseguire, secondo le circostanze, una porzione ereditaria, fino a che Giustiniano con la L. 4, C. *de lib. praeter.* (6, 28) non eguagliò la condizione di tutti i *sui heredes* (2).

La preterizione di un *postumo* annullava egualmente tutto intero il testamento *agnatione vel quasi agnatione postumi* (3).

**208.** II. Il diritto pretorio, il quale poggiava la successione sulla base della famiglia naturale e sui principii di equità, qualche volta manteneva in piedi il testamento addivenuto nullo a causa della preterizione di un *suus heres*. E ciò quando venivano a mancare gli eredi necessari.

I casi in cui questo mantenimento del testamento avveniva sono controversi. Il certo è che, se il preterito viveva al tempo della morte del testatore, era l'immediato erede *ab intestato*, e poteva, secondo che gli convenisse, esercitare la *petitio hereditatis ab intestato* o la *bonorum possessio contra tabulas*. Se ciò non faceva, e gli eredi istituiti domandavano la *bonorum possessio secundum tabulas*, questa era sempre *sine re*, perchè il preterito poteva sempre insorgere contro il testamento e domandare la eredità *ab intestato*.

Se al contrario egli vi rinunzia, astenendosi, ovvero premuore al testatore, allora si domanda se la *bonorum possessio secundum tabulas* può essere *cum re*.

Secondo un rescritto di Adriano è stabilito che, quando un *postumo* ha rotto il testamento, e lo stesso muore prima del testatore, la *bonorum possessio secundum tabulas* può essere mantenuta.

L. 12, pr. *de iniust. rupt. test.* (28, 3) - Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit, licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit ut et Divus Hadrianus, et Imperator noster rescripserunt. Ideoque legatarii et fideicomissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Egualmente, come altra volta si notò e come risulta dal testo or ora citato, la *bonorum possessio secundum tabulas*, domandata a base di un testamento rotto per la preterizione di un *suus heres*, è richiesta dai più prossimi eredi *ab intestato*.

Nel caso che il preterito sopravviva al testatore e poi si sia astenuto dalla eredità paterna, è questione se la *bonorum possessio*, domandata dagli eredi istituiti, può esser mantenuta. È generalmente riconosciuto che la *bonorum possessio* in questo caso è allora *cum re*, quando gli eredi istituiti sono nel medesimo tempo eredi *ab intestato*.

I figli, non più sottoposti alla paterna potestà, perchè emancipati, cioè i liberi, secondo il diritto civile, non avevano il diritto di essere istituiti o debitamente diseredati; quindi, se fossero preteriti, non potevano insorgere contro il testamento con nessun mezzo civile. Il testamento rimaneva nella sua piena validità.

Come si notò altra volta, il diritto pretorio ammise tali persone alla successione del padre nella successione intestata, fingendole ancora sottoposte alla patria potestà. Conseguentemente per la medesima finzione egli doveva ritenerle come aventi diritto alla istituzione, o alla debita diseredazione; e perciò se fossero state preterite si concedeva loro dal Pretore un mezzo per insorgere contro il testamento. Tale fu la *bonorum possessio contra tabulas*.

In vero, come si è veduto, la *bonorum possessio contra tabulas* era conceduta anche al *suus heres praeteritus*. Però vi ha tra il mezzo pretorio conceduto al *suus heres* e quello all'emancipato questa differenza: che la *bonorum possessio* per il *suus heres* aveva lo stesso effetto della *querela nullitatis*, perchè il testamento era rotto e quindi nullo assolutamente: mentre la *bonorum possessio* data all'emancipato non era che un mezzo pretorio. Il testamento *iure civili* rimaneva non ostante ciò nella sua piena validità.

L. 15, *de leg. praest.* (37, 5) - Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret (4).

**209.** La *bonorum possessio* concessa al *suus heres* è adunque *utilis*, perchè il mezzo diretto concesso a lui

(1) L. 18, *de lib. et post.* (28, 2); L. 16, § 2, *de curat. fur.* (27, 10).

(2) § 5, *inst.* (2, 13).

(3) L. 3, § 3 e 4, *de iniusto rupt. test.* (28, 3); § 1 e 2, *de exhered. liber.* (2, 13). Gai, *Instit.*, II, § 130 a 138.

(4) L. 16, *eod.* (37, 5).

è la *querela nullitatis* o la *petitio hereditatis ab intestato;* all'incontro la *bonorum possessio* dell'emancipato preterito è detta necessaria, non avendo egli altro modo d'insorgere contro il testamento.

La *bonorum possessio* vera, quella conceduta all'emancipato preterito, dev'essere concessa a causa della preterizione, e quindi è negata se l'emancipato è istituito o debitamente diseredato.

L. 1, *de bon. poss. contra tabul.* (37, 4) - In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque istituti neque exheredati sunt.

Qualche volta l'istituito si può giovare di questo mezzo pretorio, quando nello stesso testamento è preterito un altro erede necessario. In questo caso l'istituito potrà domandare la *bonorum possessio commissa per alio edicto.*

L. 3, § 11, *eod.* (37, 4) - Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem quo locum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat Edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur.

Il beneficio della *bonorum possessio commisso per alium edicto* esige però due condizioni. La prima è che chi si serve di questo mezzo abbia anch'egli il diritto all'istituzione o alla debita diseredazione, e quindi ad impugnare il testamento in caso di preterizione. Questa regola soffre eccezione pel figlio dato in adozione, il quale può godere del beneficio della *bonorum possessio contra tabulas* avverso il testamento del padre naturale, sebbene *edictum non committat;* ma l'eccezione non si estende per il nipote dato in adozione durante la vita del padre. Se il figlio dato in adozione poi è istituito sotto condizione, e questa si avvera, sarà ammesso alla *bonorum possessio.*

L. 11, *eod.* - Si in adoptionem datus sub conditione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum, et ipse veniet, sed si defecerit conditio repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non iure scriptus sit heres.

L. 8, § 11, *eod.* - In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum exstranei sunt. Ergo si fuerint heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem: sed ipsi soli non committunt Edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere Edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad bonorum possessionem contra tabulas admittamus.

Altra condizione per godere del beneficio della *bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto,* si è che l'istituito non debba adire la eredità secondo il testamento o immischiarsi in qualsiasi modo nelle cose ereditarie, nel qual caso *iudicium patris secutum est;* e perciò non potrebbe conseguire più di quanto gli concede la istituzione. Ond'è che per lui la *bonorum possessio* in tal caso è sempre *secundum tabulas.*

L. 14, pr. *eod.* - Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis Edicti parum exspressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit; quia iudicium patris secutus sit; nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit. Sed illud observandum ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quod si ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Quod si is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres fit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse bonorum possessionem, si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere.

Anche in questa parte si fa eccezione per il figlio dato in adozione, a cui si concede la *bonorum possessio,* quantunque abbia accettato la eredità o si sia immischiato in essa.

L. 10, § 2, 3, *eod.* - Si in adoptionem datus, posteaquam iussu patris adoptivi hereditatem adiit, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere, hereditatem quo ipse potius habebit, quam pater adoptivus. — § 3 - Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas bonorum possessione repellendus est.

È necessario per altro l'osservare che l'erede istituito non ha bisogno di attendere, per giovarsi del mezzo in discorso, che il preterito ottenga la *bonorum possessio;* ma può senza altro *agnoscere bonorum possessionem,* ed allora se il preterito farà valere i suoi diritti, la *bonorum possessio* domandata dall'istituito avrà tutto il suo valore; se invece vi rinunzia la *bonorum possessio* domandata si converte per l'istituito in *bonorum possessio secundum tabulas.*

L. 5, § 6, *de legatis praest.* (37, 5) - Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cuius sententia Rescripto Divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur (1).

Il diseredato non potrà mai avvalersi della *bonorum possessio contra tabulas.*

La diseredazione può cadere quando il testamento fosse nullo, p. e. perchè il testamento è *nullo, destituto o ruptum* in caso di preterizione di un altro *suus heres.* In tali casi, aprendosi la successione intestata con le altre istituzioni, manca la diseredazione; ed il *suus* come erede necessario è chiamato a far parte della successione *ab intestato.*

L. 8, pr. *de bon. poss. contra tabul.* (37, 4) - Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant; sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio (2).

**210.** La *bonorum possessio contra tabulas* è un mezzo Pretorio, il quale produce alcuni effetti materiali relativamente alla divisione dell'asse tra coloro che ne fanno parte; ma il testamento rimane valido certamente per diritto civile, fino ad un certo punto anche per diritto Pretorio, ond'è che può essere riconosciuto anche per esso testamento la *bonorum possessio secundum tabulas.* Di qui le seguenti conseguenze.

1) Non essendo l'effetto della *bonorum possessio contra tabulas* una successione intestata, la Nov. 118

(1) L. 14, pr.; L. 15, § 1, *eod.* (37, 5).

(2) L. 20, *eod.*

che riforma tutta la successione intestata non ha su questa materia alcuna influenza; sibbene in questa *bonorum possessio* sono contemplati tutti coloro i quali secondo l'antico diritto erano eredi necessari. Di più rimane ancora in vigore la clausola Iuliani *de coniungendis cum emancipato liberis*.

Per la qual cosa il nipote restato sotto la patria potestà dell'avo concorre col padre suo emancipato, ed entrambi ricevono, ognuno per metà, una sola porzione.

L. 1, pr. *de coniun. cum emancipato liber.* (37, 8) - Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis cum moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius habeant hisque dumtaxat bona sua conferat (1).

2) Le disposizioni testamentarie non si annullano con la *bonorum possessio contra tabulas*.

Rimangono valide le sostituzioni pupillari, i legati, e per analogia anche la tutela testamentaria, ciò che non avverrebbe se il testamento fosse nullo per la preterizione di un *suus heres*.

L. 22, *de vulg. et pupil. substit.* (28, 6) - Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione (2).

3) Non tutti i legati però rimangono nella *bonorum possessio contra tabulas* ma solo alcuni di essi.

*a*) Sono validi quei legati rilasciati alle persone congiunte, cioè a genitori e figli senza alcuna distinzione.

L. 1, § 1, 2, 3, *de legat. praest.* (37, 5) - Generaliter autem parentes et liberos Praetor excepit, nec gradus liberorum parentumve enumeravit; in infinitum igitur iis praestabitur. Sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu, an ex feminino descendant. Quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos. — § 2 - Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt, vel etiam in adoptivis, dummodo maneant liberi. — § 3 - Postumis liberis legata relicta utique praestabuntur.

*b*) Tali persone congiunte perdono il diritto al legato quando esse medesime fanno uso della *bonorum possessio contra tabulas*. Inoltre tali persone devono acquistare il legato direttamente e di più possono acquistarlo indirettamente solo quando la persona designata nel legato è obbligata a restituire il legato medesimo al congiunto.

L. 3, § 2, *eod.* (37, 5) - Hoc autem solum debetur quod ipsis parentibus relictum est et liberis; ceterum si servo eorum fuerit adscriptum, vel subiectae iuri eorum personae non debetur, nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit. — § 4 - Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero, quod sibi relictum est, dicendum, non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. — § 5 - Sed si proponas extero legatum, rogatumque eum praestare hoc aliqui ex liberis parentibusque, consequenter dicemus, praestari debere. — § 6 - Hoc amplius, et si extraneo relictum sit sub hoc modo, ut alicui ex liberis praestet, aequissimum erit dicere, non debere ei praetorem denegare actionem. — § 7 - Ea autem legata solo praestant, qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt; verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit.

*c*) La persona congiunta per altro non può per mezzo di legato conseguire più di quanto riceve l'erede necessario con la *bonorum possessio*.

È questo un principio di equità in favore dei preteriti che esercitano la *bonorum possessio contra tabulas*.

L. 7, *eod.* (37, 5) - Nam secundum constitutionem Divi Pii ad Tuscium Fuscianum Numidiae legatum, placuit, parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit (3).

*d*) Le persone congiunte hanno diritto a costringere al pagamento dei legati tutti coloro che sono stati ammessi alla *bonorum possessio secundum tabulas*, sebbene il peso fosse stato imposto ad uno di essi. La ragione è che, sebbene il testamento rimanga valido, pure la divisione dell'eredità si fa secondo le norme della successione intestata, e quindi il peso dei legati alle persone congiunte è ritenuto come imposto a tutta la eredità.

L. 14, § 1, *de leg. praest.* (37, 5) - Si ab uno ex filiis herede instituto nominatim alicui ex liberis parentibusque legatum datum sit, et acceperit bonorum possessionem contra tabulas cum aliis, melius est probare, omnes, qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt, cogendos id legatum praestare.

*e*) Anche il *praelegatum dotis* doveva essere prestato, ma esso legato dev'essere fatto *dotis nomine* non *praeter dotem*, nè sarebbe valido un legato fatto *sub praetextu dotis*, dal testatore, dal figlio o dal nipote. Le sole persone per cui è ammesso il *praelegatum dotis* sono quelle che in realtà hanno una dote.

L. 8, § 3, *de legat. praest.* (37, 5) - Si quid uxori nurique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bonorum possessione, non praestabitur. — § 5 - Cum autem dotis nomine legatur, non puto, ad virilem uxorem nurumve redigendam, cum mulier ista ad aes alienum veniat (4).

La *bonorum possessio contra tabulas* dev'essere domandata nello spazio di un anno dall'apertura della successione (5).

## II. — Della porzione legittima.

### § 57. — *Persone che hanno diritto alla porzione legittima.*

BIBLIOGRAFIA.

T., *Inst. de inofficioso testament.* (2, 18). — T., D. *de inoff. testament.* (5, 2); Cod. *de inoff. test.*

Westenberg, *De portione legitima liberis, etc.*, I, diss. 1 a 4. — Chiflet, *de portionibus legitimis* (*in Thes. Ottonis*, V, pag. 722). — De Retes, *De inoff. test.* (*Thes. Meermann*, VI, pag. 522). — Finestres, *Praelec. Cervar. ad tit. de inoff. test.*, Cervar. 1752. — Stein, *Versuch über theor. pract. Abhandlung. über die Lehre des röm. Rechts etc.*, Erlangen 1798. — Möller, *Die Lehre v. Pflichstheil.*, Sulzb. — Schrader, *De nexu successionis ab intestato, et querelae*

(1) L. 1, § 2, 6, 9; L. 7, *de coniung. cum emancipato lib.* (37, 8): L. 3, § 1, *de bonorum possessione contra tabulas* (37, 4).

(2) L. 34, *eod.* (28, 6).

(3) L. 23, *eod.* (37, 5); L. 3, in fin.; L. 7, *de coniug. cum emancip. lib.* (37, 8).

(4) Vedi inoltre L. 15, § 3, *eod.* Ei quae dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub praetextu dotis legetur.

(5) Vedi Vangerow, § 470, 471, 472. Mühlenbruch *in Glück*, l. cit.

*inofficiosi testamenti*, Gottingae. — Cralle, *Comment. hist. iur. de portione legitima*, Bon. 1820. — Hoelzel, *De querela inofficiosi testamenti*, Cracoviae 1828. — Arndts, *Rechtslexicon*, VIII, pag. 122, ss. — Vangerow, II, § 474, ss. — Glück, VI. — Tewes, II, § 128, ss.

211. Chi ha diritto alla porzione legittima; il diritto alla porzione legittima dell'adottato. — 212. Ordine in cui sono chiamati alla porzione legittima.

**211.** Questa parte della successione necessaria, che forma la parte materiale di essa, riflette un maggior numero di persone di quelle che comprende la parte formale che abbiamo or ora esaminato.

Hanno diritto alla porzione legittima:

1) I discendenti e propriamente tutti coloro che hanno diritto alla successione intestata (1), eccetto i figliuoli naturali procreati con concubine, i quali, sebbene dopo Giustiniano avessero un limitato diritto a succedere *ab intestato*, non hanno nel medesimo tempo diritto alla porzione legittima; imperocchè la successione dei figli naturali è sottoposta alla condizione che il padre non abbia disposto *causa mortis* del suo patrimonio.

Era controverso presso i giureconsulti romani se l'adottato avesse il diritto alla porzione legittima rispetto al padre naturale, questione che vien rammentata nella

L. 10, C. pr. *de adoptionibus* (8, 48) - Quum in adoptivis filiis, qui filiifamilias constituti a patribus naturalibus aliis in adoptionem dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oportet talem filium, qui praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem, quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Marcianus vero distinguit, ne ex hac causa utriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumventus, adoptivi propter egestatem quam forte habebat, et iterum aliud vitium erat exortum (si enim post patris naturalis obitum pater adoptivus per emancipationis modum iura adoptionis dissolvisset, nulla spes ei remanebat, neque contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptivum patrem, quia per emancipationem eius familia exemptus est), ideo talem dubitationem et talem vitium corrigentes sancimus, etc.

Giustiniano colla legge citata distinse l'adozione in *adoptio plena e minus plena*. Il *minus plene adoptatus* rispetto al padre naturale, non perdendo i diritti di famiglia, ha diritto alla porzione legittima; rispetto poi al padre adottivo, mentre ha diritto alla successione intestata, non ha nel medesimo tempo quello alla porzione legittima. Il *plene adoptatus* poi ha tutto il diritto di eredità necessaria rispetto al padre adottivo, e non nel medesimo tempo rispetto al padre naturale.

Questi istessi principii per analogia valgono per il caso di arrogazione, soltantochè, trattandosi dell'arrogazione di un impubere, ha luogo la quarta *Divi Pii*.

L. 8, § 15, *h. t.* (5, 2) - Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela cum habeat quartam ex constitutione Divi Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, et si non obtinuerit, quartam ei, quasi aes alienum, concedendam.

2) Anche gli ascendenti del testatore hanno diritto alla porzione legittima.

L. 15, pr. *h. t.* (5, 2) - Nam et si parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.

Bisogna però notare:

*a*) Quando il testatore al tempo della morte è ancora sottoposto alla patria potestà del padre o dell'avo paterno, è obbligato a rilasciare la porzione legittima ai suoi ascendenti nel caso ch'egli dispone per testamento del suo *peculium castrense* o *quasi castrense*. Se poi il testatore è in condizione di fare un testamento militare, egli è libero di rilasciare o no la porzione legittima.

*b*) Se il testatore fosse dato in adozione, bisogna distinguere se muore in potestà del padre adottivo, ovvero questa fu sciolta con la morte dell'adottante. Nel primo caso tanto il padre adottivo, quanto il naturale hanno diritto alla porzione legittima.

L. 30, pr. *h. t.* - Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

Nel secondo caso, quando cioè il figlio muore da *homo sui iuris*, ancorchè non uscito dalla famiglia adottiva, ha l'obbligo di lasciare la porzione legittima agli ascendenti naturali (2).

3) Hanno anche diritto alla porzione legittima i fratelli germani e consanguinei del testatore.

L. 27, C. *de inoff. testament.* (3, 28) - Fratres vel sorores uterini, ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso questionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis, vel levis notae macula adsperguntur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto.

Il diritto dei fratelli consanguinei e germani è limitato, secondo il testo ora citato, al solo caso che nel testamento siano istituiti persone infami.

§ 1, *Inst. h. t.* (2, 18) - Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere (3).

Alcuni scrittori han creduto che anche agli uterini bisogna lasciare la porzione legittima, e ciò per la ragione che nella legislazione Giustinianea anche gli uterini hanno un diritto alla eredità intestata (4).

Questa opinione è stata meritamente rigettata; innanzi tutto perchè aver diritto alla successione intestata non è una ragione per concedere anche quello più alto alla porzione legittima; in secondo luogo che nel codice Giustinianeo stesso, sebbene fosse stato riconosciuto agli uterini il diritto alla successione intestata (5), pure si è negato loro quello alla porzione legittima (6).

**212.** L'ordine in cui si ha dritto alla porzione legittima è lo stesso di quello stabilito per l'eredità *ab intestato;*

(1) L. 1, 6, 23, pr. *h. t.* (5, 2); § 2, *Inst. h. t.* (2, 18); Nov. 18, C. 5; Nov. 89, C. 12, § 4.

(2) Büchel, *Streitfragen aus*, Nov. 118, pag. 70. Mühlenbruch *in Gluck*, pag. 221. Vangerow, II, § 474; Puchta, *Pand.*, § 488. Rosshirt, *Test. Erbr.*, pag. 320.

(3) L. 1, *h. t.* (5, 2); L. 2, C. *h. t.* (3, 38).

(4) Vedi Vinnio, *Ist.* ad § 1, *Inst. inoff. test.*, n. 5. Beohmer, *Exercit. ad Pand.*, II, exercit. 37.

(5) L. 15, § 2, C. *de legit. hered.*; L. 27, C. *h. t.* (3, 28).

(6) Vedi Glück, XII, pag. 12. Francke, op. cit., pag. 192 Vangerow, loc. cit. Tewes, op. cit., § 129.

per la qual cosa il testatore non è obbligato a rilasciare la porzione legittima agli ascendenti, quando vi sono discendenti. I collaterali fratelli germani e consanguinei sono posposti agli ascendenti, e tra loro i germani sono preferiti ai consanguinei secondo le regole della successione intestata. Per la qual cosa tutte le persone aventi diritto alla porzione legittima sono quelle che alla morte del testatore in concreto sono i suoi prossimi eredi *ab intestato;* e perciò la stessa porzione legittima è considerata come una *portio portionis ab intestato* (1).

### § 58. — *Entità della porzione legittima.*

Bibliografia.

Glück, *De constituenda legitimae portionis parentum quantitate*, ad Nov. 18, cap. 1 (opusc., vol. III, pag. 1). — Marezoll, *Ist. von Justinian durch, die nov.* 18. — Eloss, *Die Legitima der Discendenten, oder anch gugleich die der ascendenten, etc.* (*Zeitschrift f. Rechts u. Process.*, I, n. 11). — Lo stesso, *Ueber die Erhöhung des Pflichttheils f. die Descendenten durch die Nov. 18* (Ibidem, vol. V, n. 12). — Heimbach, *Ist.*, nov. 18, cap. 1, *auch auf den Pflichttheil der Eltern und Brüder des Verstorbenen zu beziehenoder beschränkt, etc.* (Ibid, vol. XIII, n. 14; XVI, n. 2). — Glück, VII, § 444-447-449; XXXV, § 1421, l. c. — Franke, op. cit., pag. 206, ss. — Vangerow, II, § 475. — Arndts *in Rechts Lexicon*, VIII, pag. 124, ss. — Tewes, II, § 130.

213. Misura della porzione legittima; modificazione giustinianea secondo la Novella 18. — 214. Se la modificazione giustinianea riguardi i soli discendenti, o si estenda anche agli ascendenti e collaterali; opinioni del Marezoll e del Mackeldey; confutazione. — 215. Modo di determinare la porzione legittima; essa è una *portio portionis ab intestato;* controversia relativa alla porzione legittima dei nipoti. — 216. Ciò ch'è calcolato nella massa ereditaria per la valutazione della porzione legittima. — 217. Libertà dei pesi della porzione legittima; *quid* in caso di fedecommesso reciproco? cautela di Socino.

**213.** Nel diritto anteriore alla Nov. 18 la porzione legittima era stabilita nella quarta parte della porzione intestata.

L. 8, § 8, *h. t.* (5, 2) - Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam videndum erit, an exheredatus partem faciat qui non queritur; utputa sumus duo filii exheredati, et utique faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sexuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. — § 9 - Quarta autem accipietur, scilicet deducto aere alieno et funeris impensa (2).

Giustiniano colla Nov. 18, Cap. 1, mutò la entità della porzione legittima in questa guisa: se il testatore lascia quattro figli, questi insieme devono conseguire per porzione legittima un terzo; se invece lascia cinque o più figli, la porzione legittima è determinata alla metà dell'asse ereditario.

Nov. 18, cap. 1 - Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescentes, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater: aut duorum vel trium, vel quatuor: non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quatuor et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerit filios, mediam ei totius substantiae relinqui partem, ut sex uncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo, et hoc non sub iniusta circumstantia rerum (forsan enim hic etiam alii iniustitiam patiuntur, aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus) sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et quantitate, sive quis illud institutionis modo, sive per legati; idem est dicere et si per fideicommissi relinquat occasionem. Licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum et natura primo curata competenter sic ad extraneas largitates accedere. Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

**214.** È fortemente discussa la questione, se Giustiniano con la Nov. 18, cap. 1, or ora trascritta, abbia voluto elevare l'entità della porzione legittima per i soli figli, lasciando quella stabilita in favore degli ascendenti e dei collaterali all'antica quarta parte, ovvero la modificazione giustinianea riguardi anche tutti coloro che hanno diritto alla porzione legittima.

Alcuni antichi e moderni scrittori hanno ritenuto che anche relativamente agli ascendenti e i collaterali la porzione legittima sia stata elevata oltre il quarto (3).

Altri al contrario credono che la modificazione giustinianea sia stata presa in favore de' discendenti e degli ascendenti, ma non relativamente ai collaterali (4).

Finalmente altri credono che l'aumento della quota legittima secondo la Nov. 18 riguardi solamente i discendenti (5).

Di queste tre opinioni la più accettabile, e la comunemente accettata, è la prima. La clausola ultima del testo riportato: *Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est*, è chiara abbastanza per dinotare che il legislatore volle che l'aumento della porzione legittima stabilito per i figli dovesse applicarsi anche agli ascendenti e ai collaterali, ossia a tutti coloro che, secondo la legge, possono esperimentare la *querela inofficiosi testamenti*.

La seconda opinione non è stata seguita, e con ragione, perchè, se dubbio vi fosse, ciò sarebbe sulla questione, se tale aumento dovesse riguardare i soli discendenti e non gli altri aventi diritto alla porzione legittima. Ma una volta che si estende il beneficio della N. 18 oltre ai discendenti, non si sa perchè debbano essere esclusi i germani, naturalmente nei casi in cui essi hanno diritto alla porzione legittima.

L'ultima opinione sostenuta dal Marezoll a cui è acceduto anche il Mackeldey nella 10ª ediz. del suo manuale, § 656, è strenuamente sostenuta per i seguenti argomenti. Innanzi tutto per alcune regole generali d'interpretazione, cioè che quando vi è una dichiarazione di legge chiara, ed un risultato positivo, deve starsi strettamente alla disposizione; avendo la Nov. 18 aumentato la porzione legittima per i discendenti, non si può determinare lo stesso beneficio al di là delle designate persone. In secondo luogo nelle leggi derogatorie, come nei diritti singolari, bisogna procedere per stretta in-

(1) L. 8, § 6; L. 19, *h. t.* (5, 2); L. 8, § 6, C. (3, 28).

(2) § 3, *Inst. h. t.* (2, 18); L. 31 C. *h. t.* (3, 28).

(3) Noodt, *Com. ad Pand. h. t.*, tom. II, pag. 173. Van de Poll, *De exheredatione et praescriptione*, cap. 64, § 8. Vestenberg, *Dissert.* III, *de portione legitima*, cap. 4, § 12, ss. Coccei, *Ius civ. controv.*, *h. t.*, p. 28. Carpzow, *Iurisprud. for.*, p. III, def. I, n. 3. Glück, *Pand.*, VIII, pag. 27. Marezoll, o. c. Vinnio, *Ad* § 3 *Inst. inoff. test.*

(4) Merlinus, *De legitima*, lib. I, tit. III, qu. 5, n. 3. Voet, *Ad Pand.*, *h. t.*, § 46.

(5) Marezoll, *Zeitschrift f. Civil. u. Process.*, I, pag. 257, ss. e v, pag. 78.

terpretazione, ossia che non si debba estendere la disposizione al di là dei confini delineati.

Secondo queste regole adunque la clausola ultima surriferita si rapporta sempre ai discendenti e non a tutti gli aventi diritti alla porzione legittima.

Oltre a ciò il Marezoll mette molta importanza alla Nov. 56 in cui Giustiniano molte volte cita la Nov. 18 che riguarda l'aumento della porzione legittima per i figli. Finalmente è per lui decisivo l'argomento tratto dall' *Epitome Novellarum*, const. 34, di Giuliano; in cui si dice: *Hoc autem quod de filiis et filiabus diximus teneat etiam in omnibus descendentibus personis, quibus scilicet de inofficioso agere permissum est.*

Non ostante l'importanza del lavoro di Marezoll su questo argomento, la opinione sua non è stata seguita dalla maggioranza degli scrittori moderni. Ben considerata la quistione, non si può ripudiare la comune opinione. In effetto il primo argomento del Marezoll non ha valore; perocchè per l'applicazione di quelle regole d'interpretazione bisogna, come ragionevolmente osserva Mühlenbruch (1), un *ambiguum*, cioè una espressione che dia un significato dubbioso, ed allora è evidente che bisogna dare a questa espressione il valore d'un'altra disposizione chiaramente espressa. Nel testo riportato dalla N. 18 le due espressioni riflettenti l'aumento della legittima pei figli, e la estensione a tutti gli altri sono chiarissime entrambe, e difatti le parole: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est,* non hanno nulla di ambiguo per determinarne il significato dell'aumento della legittima esteso a tutti coloro i quali potevano esperimentare la *querela inofficiosi* per l'antica quarta. Quindi non è il caso di applicare quelle regole d'interpretazione. Se Giustiniano nella Nov. 18 ha creduto fare prima la disposizione per i figli e poi estendere la disposizione medesima per gli altri legittimarii, invece di prendere una sola disposizione per tutti, ciò è stato occasionato dalla necessità di stabilire il numero de' figli nel caso fossero più di quattro per elevare al di là del terzo la porzione legittima. Ciò non poteva venire nel caso degli ascendenti. Anche l'argomento tratto *dall' Epitome* di Giuliano non ha maggior valore dell'altro. Le parole riferite innanzi costituiscono non più che una interpretazione di Giuliano senza che abbia autorità migliore di altre interpretazioni contrarie a quella. Già la Glossa notava la poca esattezza della interpretazione di Giuliano, quantochè credeva l'ultima clausola dovesse comprendere tutti i legittimari: *Haec verba sunt generalia, ergo generaliter intelligenda.*

Molti scrittori antichi ritennero anche erronea la interpretazione di Giuliano, tra essi Ant. *Augustinus*, il quale, pur tenendo molto all'autorità di Giuliano, crede che questa fosse inesatta (2). Maggiormente Cuiaccio nota l'errore di Giuliano, e, parlando della clausola, si esprime con queste parole: *Quae clausula male a Iuliano coangustatur ad liberos, cum iam satis dixerit supra non de filiis tantum, sed generaliter de liberis.*

Dall'altra parte uno scoliaste dei Basilici, Attanasio, espressamente afferma che Giustiniano abbia inteso di elevare la porzione legittima non solo per i discendenti, ma ancora per gli ascendenti e pei collaterali (3).

**215.** La porzione legitima bisogna determinarla sempre secondo il diritto anteriore alla Nov. 18, cioè come una *portio portionis ab intestato* per ciascuno erede necessario. Per la qual cosa bisogna innanzi tutto guardare per ciascuno quale sia la sua porzione intestata, e perciò mettervi nel numero coloro i quali fossero con lui egualmente eredi intestati, anche quando non fossero eredi aventi diritto alla porzione legittima. Se p. e. si trattasse di determinare la porzione legittima di un ascendente, bisognerebbe mettere nel numero degl'intestati i figli di un germano premorto, i quali concorrono con gli ascendenti nella successione intestata, mentre non hanno diritto alla porzione legittima. Così pure nel determinare la porzione legittima di un figlio, bisogna tener conto insieme agli altri fratelli anche dell'adottato meno pienamente, il quale ha diritto alla successione intestata del padre adottivo, ma non alla porzione legittima di lui.

Sarebbe erroneo il processo che si tiene attualmente, cioè che, tolta in antecedenza una porzione legittima agli eredi necessari, questo si divide egualmente tra essi. Quindi la porzione legittima in diritto romano è perciò distribuitiva e non collettiva.

§ 7, *Inst. de inoff. testament.* (2, 18) - Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut, sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta iis dari possit, ut pro rata iis distribuatur, id est pro virili portione quarta (4).

Similmente, quando si tratta di stabilire la porzione legittima di un figlio, bisogna comprendere nel numero de' figliuoli anche quegli il quale in concreto non ha la porzione legittima, p. e. il diseredato. Da ciò può avvenire che la comprensione del diseredato faccia aumentare per gli altri la porzione legittima, e qualche volta la faccia diminuire. Se p. e. vi sono cinque figli, uno dei quali debitamente diseredato, ognuno dei quattro avrà per legittima un decimo, ovechè, non computando il diseredato, avrebbe ciascun figlio per legittima 1|4 del patrimonio: *exheredatus numerum facit ad augendam legitimam.*

È controverso relativamente alla porzione legittima dei nipoti, se bisogna tener conto del numero delle stirpi, ovvero del numero dei nipoti. Certo bisogna tener conto delle stirpi per stabilire la porzione intestata di ciascun nipote; però se la porzione legittima debba essere stabilita per 1|3 o per la metà, non può decidersi secondo i principii della successione intestata, ma secondo le parole della N. 18, la quale ha considerato il numero degli eredi per determinare la quota. E per conseguenza è ora ammesso, che, se la porzione intestata aumenti a 1|5 o meno, la porzione legittima sarà della metà; se invece la porzione intestata è di 1|4 la porzione legittima sarà determinata al 1|3.

Quest'applicazione è nata dalla considerazione volere Giustiniano, secondo lo spirito della N. 18, che, ad una porzione intestata rilevante corrisponda una porzione legittima più piccola; invece quando la porzione intestata sia piccola, la porzione legittima debba essere più

(1) Mühlenbruch *in Glück*, XXXV, p. 23.

(2) Augustinus, *Opera omnia*, *praefat. ad Iuliani Epitomen*, II, pag. 261.

(3) Basilici, t. V, pag. 483, *schol. D.* Haubold, *Manuale Basilicorum Praef.*, pag. 4. Rosshirt, *Test. Erb.*, I, pag. 86. Sintenis, III, pag. 623. Vangerow, II, § 475, nota I.

(4) Il credere che Giustiniano con la Nov. 18 abbia voluto mutare con il *quantum* della quota anche il modo di determinarla cumulativamente, anzichè distribuitivamente, è un errore del Glück (VII, pag. 29), e quindi ragionevolmente tutti gli scrittori moderni si sono pronunziati contro. Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXV, pag. 256. Puchta, *Vorles.*, II, § 489. Sintenis, III, pag. 623, not. Vangerow, § 475. Tewes, II, pag. 434.

rilevante. Perciò quando la porzione intestata dei legittimarii è 1|4 o più di 1|4 la porzione legittima si riduce a 1|3, e così il contrario come si è detto. Conseguentemente, se qualcuno morendo lascia un nipote di un figlio premorto e quattro nipoti di un altro figlio premorto, la porzione legittima dev' essere determinata diversamente per le due stirpi; difatti l' unico nipote del figlio premorto riceve 1|3 della sua porzione intestata, cioè 1|6 di tutto il patrimonio; ciascuno degli altri nipoti riceve la metà della sua porzione ereditaria come porzione legittima cioè 1|16 di tutto il patrimonio (1).

Il calcolo della porzione legittima, come nella legge Falcidia, si fa riguardando l' asse ereditario al punto della morte del testatore senza tener conto di aumenti o di diminuzioni posteriori.

L. 44, § 2, *de bonis libertorum* (38, 2) - Si ex bonis, quae mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate vel legato, servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium, non potest patronus propterea quaeri; quod minus habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. Idem est et in alluvione, quum sit satisfactum ex his bonis quae mortis tempore fuerunt. Idem est et si pars legati liberto relicti ab eo, cui simul datum erat, vel hereditatis, nunc illis abstinentibus, accrescat (2).

**216.** Nella formazione della massa ereditaria, come si trova al tempo della morte del testatore, vengono computati tutti i crediti, anche quelli sottoposti a condizioni per il tempo quando la condizione si avvererà, esclusi tutti i debiti e le spese dei funerali.

L. 8, § 9, *de inoff. testam.* (5, 2) - Quarta autem accipietur, scilicet deducto aere alieno et funeris impensa. Sed an et libertates quartam minuant, videndum est; et numquid minuant? Nam si, quum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit, potest dici, deductis libertatibus quartam ineundam. Quum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando iis libertatem inofficiosi querelam excludat; nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem, et ad substitutum transmittens querelam inofficiosi instituet; vel ab intestato citra Edicti poenam habeat hereditatem (3).

Egualmente sono calcolati nel passivo tutti i debiti, anche quelli che dipendono da una condizione (4).

È escluso da questo computo tutto ciò che è dato dal testatore per legato o per donazione a causa di morte (5).

Nella porzione legittima dev' essere imputato:

1) Tutto ciò che l'erede necessario riceve in qualità di erede, o in quella di fedecomesso universale, cioè quello che riceve per quest' ultimo mezzo.

L. 36, § 1, C. *de inoff. testam.* (3, 28) - Quum autem quis extraneo herede instituto filio suo eum restituire hereditatem suam, quum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea composita est, omnem dilationem omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet.

2) Egualmente è imputabile nella porzione legittima tutto quello che l' erede necessario acquista dalla eredità a titolo singolare, p. e., per dote, per donazione a causa di morte, salvo le altre, *capiones mortis causa*, come quello che riceve da altro legatario per accrescimento o a causa della sostituzione pupillare.

L. 36, pr. C. *eod.* - Scimus, antea constitutionem relatam fuisse, qua cautum est, si pater minorem debita portionem filio suo reliquisset, omnimodo, etsi non adiciatur viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem. Quaerebatur itaque, si quis rem donatam vel inter vivos, vel mortis causa, vel in testamento relictam agnoverit, et pro parte sua habuerit, deinde eadem res evicta, vel tota, vel pro parte fuerit, an debeat ex nostra constitutione pars legitima post evictionem suppleri... Sancimus itaque in omnibus istis casibus, sive in totum evicto subsequatur sive in partem, emendare vitium et vel aliam rem, vel pecunias restitui, vel negationem fieri.

In generale non devono essere imputate le donazioni *inter vivos*, eccetto nei seguenti casi:

*a*) Quando la imputazione è stata ordinata dallo stesso testatore.

L. 25, pr. *de inoff. test.* (5, 2) - Si non mortis causa fuerit donatum, sed iter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici, inofficiosi quaerelam cessare, si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certe conferre oportere id, quod donatum est.

*b*) La dote costituita per una figlia. Nell' antico diritto la dote costituita alla figlia non era imputabile, perchè essa, avvenuto il matrimonio, entrava nel patrimonio del marito: *ea, quae a patre filiae in dotem data sunt, non placet computari, quia etiam in bonis mariti sunt, et a patrimonio patris, vivente eo, separata fuerunt* (6).

Però per mezzo di una costituzione di Zenone quella disposizione fu abolita, e quindi si stabilì che dev'essere imputata nella porzione legittima tanto la dote, quanto la donazione *propter nuptias*.

L. 29, C. *de inoff. testam.* - Quoniam novella constitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis, quae a filia confertur, praecepit, etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo quum mater pro filia dotem, vel pro filio ante nuptias donationem, vel avus paternus aut maternus, vel avia paterna aut materna pro sua nepte, vel pro suo nepote, vel proavus itidem, vel proavia paterna aut materna pro sua pronepote, vel pro suo pronepote dederit, non tantum eandem dotem, vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem, ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit de cuius hereditate agitur.

*c*) In questa categoria è da annoverare la *militia*, cioè ciò che il padre avea speso per procurare al figlio un impiego dello Stato.

L. 30, § 2, *eod.* - Imputari vero filius aliisque personis, quae dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus, quae occasione mi-

(1) Vedi Wening, *Lehrb.*, § 490. Francke, pag. 221. Mühlenbruch *in Glück*, pag. 272. Sintenis, III, pag. 624. Vangerow, loc. cit., § 475, pag. 305. Tewes, II, pag. 435.

(2) Vedi anche L. 6. C. *de inoff. test.* (3, 28).

(3) L. 56, § 1, *eod.*

(4) L. riportata 8, § 9.

(5) L. 5-12, *ad legem Falcidiam* (6, 50).

(6) L. 2, C. Gregor. *de inoff. testament.*

litiae, ex pecuniis mortui eisdem personis adquisita, posse lucrari eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perveniat, ita tamen, ut ille gradus eiusdem militiae inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet, ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est; exceptis solis viris spectabilibus, silentiariis sacri nostri palatii, quibus praestita iam specialia beneficia tam de aliis capitulis, quam de pecuniis, super memorata militia a parentibus eorum datis, ne in legitimam portionem eis computentur, rata esse praecipimus. In ceteris vero personis praedictam observationem tenere volumus.

**217. La porzione legittima dev'essere lasciata senza pesi e senza modalità alcuna.**

1) Non può essere apposta alla disposizione che determina la porzione legittima nè una condizione nè un termine. Se ciò è fatto, secondo il nuovo diritto, il testamento non è nullo, ma la modalità apposta è considerata come non messa.

L. 32, C. *eod.* - Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

2) Egualmente sulla porzione legittima non può gravare un fedecommesso per mezzo del quale tutta la eredità sarebbe restituita ad un altro. Se ciò avviene, si può dare uno dei due casi, o la porzione lasciata all'erede legittimo importa solo la porzione legittima dell'erede gravato, ed allora tutto il fedecommesso è tenuto come non fatto; ovvero importa molto più la porzione legittima, ed in questo caso l'erede gravato ha diritto a ritenere per sè libera la porzione legittima, ed ha solo l'obbligo di restituire al fedecommessario l'eccedente.

L. 36, § 1, C. *eod.* - Quum autem quis extraneo herede instituto filio suo eum restituere hereditatem suam, quum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea composita est, omnem dilationem omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque, quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non expectata nec morte heredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit cum legitimo moderamine sentiet.

È controverso se un fedecommesso reciproco tra coloro che hanno diritto alla porzione legittima sia un onere, e vada perciò regolato secondo il principio innanzi esposto.

Molti scrittori sulla base della L. 12, C. *eod.*, ritengono che un simile fedecommesso reciproco non sia un onere imposto alla porzione legittima, perchè ognuno di essi legittimarii ha la speranza di ereditare la medesima porzione ereditaria dopo la morte dell'altro. Quindi una tale disposizione sarebbe fatta più in vantaggio che in danno di essi legittimari. La costituzione dell'Imperatore Alessandro nella legge citata così si esprime:

Si pater puellae, cuius vos curatores esse dicitis, filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore, ex reliquo sextante scriptis heredibus, fidei filiorum commisit ut, si quis eorum intra vigintiquinque annos aetatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret, praeterea uxori, ut id quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam, restitueret, fideicommisit, calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis, quum ex huiusmodi fideicommissario restitutione tam matris quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire (1).

Altri scrittori invece stimano il contrario, quantochè la disposizione contenuta nella costituzione di Alessandro riportata fu abolita dalle nuove disposizioni di Giustiniano con le L. 32 e 36, C. *h. t.*, già innanzi riprodotte (2).

Nessuna delle due opinioni è soddisfacente, l'ultima meno della prima, non essendo concepibile l'abolizione di una disposizione contenuta nello stesso codice; se Giustiniano in effetto avesse voluto abolire la costituzione di Alessandro, non si spiegherebbe come egli avesse incluso, e quindi data autorità di legge, nel suo codice a questa stessa costituzione.

La prima opinione ha più apparenza di verità, ma non è stata neppure essa accettata, e con ragione. Innanzi tutto è strano come la semplice speranza di avere per restituzione la medesima porzione ereditaria dall'altro coerede possa essere sufficiente alla porzione legittima; in qualunque modo si guardi la quistione, non si può convenire che l'attendere la porzione ereditaria intera dalla morte di un altro, e la restituzione della propria all'altro coerede in un tempo più o meno determinato, sia una modalità aggiunta alla porzione legittima. Tutto ciò costituisce un onere, e quindi anche un reciproco fedecommesso tra figli cade sotto la sanzione delle Leggi 32 e 86 C. di questo stesso titolo.

La Legge 31 C. *eod.* è stata invocata dai fautori della prima opinione; in essa infatti vien decisa negativamente la questione, se contro il testamento del padre in cui era stabilito tra i figli un fedecommesso reciproco, potesse essere esperimentata la ***querela inofficiosi testamenti***.

Tale decisione è presa certamente per la considerazione, che i figli, riguardando il fedecommesso tutta la loro porzione ereditaria, potevano sottrarre la quarta Trebellianica, la quale allora assorbiva la porzione legittima, in quanto essa era determinata sulla sostanza dei beni del defunto padre senza computare i frutti, in tal modo i figli erano già istituiti eredi (3).

Sarebbe un onere imposto alla porzione legittima, se un testatore avesse istituiti i figli nella nuda proprietà, ed avesse rilasciato l'intero usufrutto ad un altro, p. e. al coniuge superstite, e quindi l'usufrutto varrà solo nel resto, sottratta la porzione legittima dei figli (4).

È considerato pure come un onere della porzione legittima, è quindi considerato come non fatta la stima che lo stesso testatore fa dei suoi beni. Gli eredi necessarii non sono tenuti a riconoscere il valore dato ai beni ereditari dallo stesso testatore, ma hanno il diritto

(1) Facchineo, *Controvers. iur.*, lib. V, cap. 30. Perez, *Praelect. in Cod. h. t.*, n. 42.

(2) Voet, *Ad Pand. de inoff. test.*, § 63.

(3) Glück, VII, pag. 76.

(4) Nov. 18, cap. 3.

di pretendere che i beni siano stimati a loro giusto valore affine di valutare la porzione legittima (1).

E qui cade in acconcio di vedere fino a qual punto possa essere validamente apposta la così detta cautela di Socino.

Può avvenire che il testatore imponga un onere alla porzione legittima di un erede necessario, ma nel medesimo tempo, oltre della porzione legittima, dispone in favore di lui un altro vantaggio ereditario, come p. e. un altra parte dell'eredità, un legato ecc., ma però lo stesso testatore aggiunge che, se il legittimario non accetta l'onere imposto alla sua porzione legittima, siano caduchi tutti gli altri vantaggi ereditarii per lui stabiliti, ed egli non abbia più che la sola porzione legittima. Questa cautela è chiamata Sociniana da Mariano Socino iuniore giureconsulto del decimosesto secolo, prof. a Siena, e morto nel 1556 (2).

La cautela di Socino può essere vera considerata come una indiretta coercizione da parte del testatore per fare accettare dall'erede necessario l'onere imposto alla porzione legittima di lui. Però è erroneo pensare essere tale cautela contraria al principio della purezza della porzione legittima; perocchè l'erede necessario è libero, rifiutando il beneficio maggiore per lui stabilito, di avere per sè senza onere alcuno la porzione legittima. Se invece presceglie di conseguire il maggior vantaggio ereditario, e quindi rassegnarsi all'onere imposto alla sua porzione legittima, non soffre alcun danno; innanzi tutto perchè egli rinunzia spontaneamente ad avere integra la porzione legittima, ed in secondo luogo perchè col vantaggio maggiore acquistato egli compensa l'onere che deve adempiere e che è imposto alla legittima medesima.

La cautela Sociniana è un temperamento straordinario, e quindi bisogna che sia espressa; e perciò erroneamente da qualcuno si è creduto ch'essa sia inutile e superflua (3). Se così fosse, ne avverrebbe, secondo la regola generale, che l'onere imposto sarebbe sempre considerato come non messo (4).

La porzione legittima può essere anche offesa da alienazioni fatte durante la vita del testatore. Per alienazioni qui si vuole intendere l'atto, che ha per effetto la diminuzione assoluta del patrimonio, ossia la donazione. In tal caso il patrimonio del testatore dev'essere valutato come era al momento della donazione.

N. 92 (91, 4), cap. I - Posita igitur a nobis lege in sua virtute manente, illud volumus, ut si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret.

Una simile donazione non è considerata nulla assolutamente, ma sempre in quanto offende la porzione legittima, di guisa che di molte donazioni s'incomincia dall'ultima per vedere se e fino a quanto esse ledano la porzione legittima; e quindi, se di molte donazioni l'ultima solo offende la porzione legittima, sarà questa dichiarata nulla, rimanendo le altre nel loro pieno valore.

(1) Glück, loc. cit.

(2) Runde, *Pror. de uso longaevo cautelae quem vocant, Socini ante ipsum Socinum*, Cassell. 1774. Müller, *Observation. Pract. ad Leyserum*, I, *obser*. 228. De Luca, *Theater-verit*, IV, p. III, discor. 18, N. 5. Coch, *Ueber die Socinische Cautel*, Giessen 1786.

(3) *Craener progr. de cautela Socini*, in opus. II, n. 23.

### Mezzi per tutelare la porzione legittima.

### § 59 — *Della querela inofficiosi testamenti.*

Bibliografia.

T., *Inst. de inofficioso testamento* (2, 18); T., D *de inofficioso testamento* (5, 2); T., C. *de inofficioso testam*. (3, 28). Donello, *Comment. iuris civ.*, lib. XIX, cap. 5. — Klenze, *Quaerelae inoff. test. natura ex princ. iuris romani ante Iust. eruta*, Berol. 1820. — Haubold, *De differentia inter test. nullum et inofficiosum*, cap. 4. — Marezoll, *Inwiefern geht die quaerela inoff. test. anch unvorbereitet auf die Descendenten des Pflichttheilberechtigten Descendenten über*, Zeitschrift. f. Civilr. u. Process, III, n. 18. — Schneider, *Die subsidiär. Klagen*, p. 2, cap. 4. — Fabricius, *Ursprung der bonorum possessio*, pag 136. — Arndts, § 605 — Puchta, § 490. — Gluck, VII, § 552-561. — Mühlenbruch *in Glück*, XXXV, § 1421 e XXXVII, § 1422. — Francke, op. cit., pag. 250-298-313 a 328. — Brinz, § 203. — Sintenis, § 195. — Savigny, *System.*, II, pag. 127. — Vangerow, II, § 478. — Tewes, II, § 133-131. — Vering., pag. 399. — Keller, § 517.

218. Nozione della querela; questione sulla sua natura. — 219. Origine della querela; incertezza di essa; questione.

**218.** La *querela inofficiosi testamenti* è il mezzo giudiziale contro il testamento il quale abbia offeso la porzione legittima. Essa in generale è concessa a tutti coloro che hanno dritto alla porzione legittima contro l'erede o gli eredi istituiti, allo scopo di rescindere il testamento e conseguire la porzione intestata.

Per questo doppio scopo si è creduto che la *querela inofficiosi testamenti* non sia che un'azione pregiudiziale, la quale non produce altro effetto se non la rescissione del testamento, e che dopo di tal giudizio v'abbia sempre bisogno di esperimentare la *petitio hereditatis ab intestato*, onde ottenere la porzione intestata (5).

Questa opinione meritamente è stata combattuta. Ed in vero quest'azione nelle fonti è riguardata come una *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso constituta.*

L. 20, *h. t.* - ..... Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere, nec alii, nec unquam melioris sit conditionis, quam si confitetur adversarius.

Dall'altra parte relativamente a quest'azione sono adoperate le espressioni: *hereditas petitur, evincitur, indicatur* e simili (6).

L'argomento che ha persuaso molti alla contraria opinione è che la *querela inofficiosi testamenti* può essere esperimentata anche dal possessore dell'eredita, ciò che sarebbe assurdo, se fosse vero che la *querela inofficiosi* fosse una *petitio hereditatis.*

L. 8, § 13 (5, 2) - Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petit hereditatem, filius vero *in modum* contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret sed peteret.

È chiaro da queste parole che la *querela inofficiosi testamenti* può essere esperimentata come eccezione.

Nè vale l'altro argomento che la querela suppone un testamento *rite conditum*, e quindi sarebbe inconcepi-

(4) Glück, VII, pag. 86. Mühlenbruch in *Glück*, XXXV, pag. 334.

(5) Raeverardus, *De praeiudiciis*, lib. I, cap. 13. Coccei, *Ius civile controversum h. t.*, qu. 2. Reuter, *Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti iuxta ord. edicti success.*, § 26-29. Hommel, *Diss. de Victoria querelae inoff.*, Lipsiae 1719, § 10.

(6) L. 8, § 8; L. 17, pr.; L. 19-21, § 2; L. 27, § 3, *h. t.*; L. 3, C. *de hered. pet.* (3, 31).

bile una *petitio hereditatis ab intestato;* imperocchè l'esistenza di un testamento esclude l'eredità *ab intestato*, ma ciò quando il testamento è nullo in ogni sua parte; ma qui, trattandosi di un testamento inofficioso in via sussidiaria, è certo che straordinariamente non è esclusa una parziale successione intestata. È per ciò che quasi tutti i moderni scrittori con ragione ritengono fermamente avere la *querela inofficiosi* per fondamento una *petitio*, e la considerano come una *petitio hereditatis* qualificata (1).

219. L'origine della *querela inofficiosi testamenti* è incerta. I più vogliono che sia stata introdotta dalla pratica forense. L'opinione di Cuiaccio, cioè che la querela fosse stata introdotta da una certa *Lex Glicia* rammentata nell'intestazione dalla L. 4, *de inofficioso testamento*, non è stata accolta che da pochi antichi scrittori (2).

E di vero (a tenere anche per esatta la intestazione della L. 4 che si riferisce ad una legge Glicia completamente sconosciuta) da essa intestazione non si può argomentare che sia stata proprio quella che introdusse la *querela inofficiosi*. Del resto pare veramente strano, come notava Everardo Ottone (3), che un'azione, introdotta direttamente da una legge, abbia poi per fondamento una finzione che il testatore non fosse di sana mente, quando avesse mancato ai sentimenti pietosi verso i suoi più intimi congiunti (4).

Altri han sostenuto che la *querela inofficiosi testamenti* fosse stata introdotta da una costituzione Imperiale (5). Però è un'opinione generalmente rifiutata, perchè anche prima dell'impero si ha notizia che sia stata adoperata la querela (6).

Altri han creduto che la querela fosse stata introdotta dall'editto Pretorio, e ciò credono si rilevi da un passo di Paolo (7), il quale così si esprime: *qui sui heredes sunt, ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur ut furiosi, aut infantes et peregrinantes quibus bonorum possessionis ius propter praetoriam actionem non erit necessarium* (8).

In vero non si può negare che il Pretore non abbia guardato con un certo interesse i testamenti inofficiosi in cui il testatore mancò nell'*ufficium pietatis*, e Valerio Massimo ci avverte di un caso di esercizio della querela per mezzo del Pretore; ed aggiunge: *movit profecto Pisonem patria maiestas donum vitae beneficium educationis: sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.*

Come si disse, anche quest'opinione non merita di essere accolta; innanzi tutto nulla si ricava dal testo di Paolo sul quale non si è d'accordo per stabilire quale sia l'*actio praetoria* rammentata (9).

Il testo di Paolo si riferisce all'*interdictum quorum bonorum*, il quale per rescritto di Severo ed Antonino fu concesso anche all'erede civile e dal *suus heres* (10).

Un tale interdetto poteva bene essere chiamato da Paolo ai suoi tempi un'*actio praetoria*.

In qualunque modo da quel testo di Paolo è impossibile argomentare chiaramente che per *praetoria actio* egli voglia intendere la *querela inofficiosi testamenti*.

L'opinione più accettabile e più accettata è che la querela sia nata dalla pratica del Tribunale Centumvirale. La necessità, per cui si credè opportuna introdurre questo mezzo giudiziale, è quel sentimento profondo di famiglia e del vincolo di sangue, che rimase sempre vivo nel popolo Romano. Non ricordare nel testamento anche coloro i quali per diritto rigoroso non avevano il diritto di essere istituiti o debitamente diseredati, ovvero anche questi ultimi quando la loro diseredazione era ingiusta o almeno non giustificata da un valido motivo, parve così enorme alla coscienza dei Romani da ritenere che un individuo che avesse mancato all'ufficio di pietà verso i più stretti congiunti e che avesse allontanato dalla sua eredità un proprio figliuolo, non fosse nelle sue piene facoltà mentali. Vi era nelle sue disposizioni un *color insaniae*, e quindi relativamente al prossimo parente, dimenticato e offeso così personalmente dal testatore, il testamento era rescisso, e si apriva per lui una vera successione intestata.

L. 2, *h. t.* - Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex ufficio pietatis; nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum (11).

Di qui la *querela inofficiosi testamenti* assunse un carattere speciale che la distingue dalle altre azioni, ed è classificata tra quelle che si dicono *vindictam spirantes*, non trasmissibili attivamente. E per questo ancora la *querela inofficiosi testamenti* è di natura strettamente sussidiaria, cioè che essa non può essere esercitata quando vi è un altro mezzo. Se nel caso fosse completamente dimenticato un *suus heres* o anche un emancipato, per insorgere contro il testamento non è dato a questi ultimi la *querela inofficiosi testamenti*, sibbene la *querela nullitatis* o la *bonorum possessio contra tabulas*.

### § 60. — *Persone cui è concessa la querela.*

220. Requisiti per l'esercizio della *querela*; a chi essa è concessa. — 221. Casi in cui non si concede la *querela*; questione sulla trasmissibilità dell'azione. — 222. Successione nel diritto ad esperimentare la *querela*; si fa luogo per la querela alla *successio graduum*? — 223. Contro chi è rivolta la *querela*?

(1) Glück, VII, n. 361. Mühlenbruch *in Gluck*, XXXV, pag. 314. Idem, *Lehrb.*, § 685, nota I. Schneider, *Allgem. subsid. Klangen*, pag. 455. Franke, pag. 258. Leist, *Bonorum possess.*, II, n. 2, pag. 40. Savigny. *Syst.*, II, pag. 127. Vangerow, II, § 478, not. Tewes, II, pag. 133.

(2) Vedi oltre Cuiacio, *Observationes*, lib. II, cap. 21; lib. XIV, cap. 14. Agustinus, *De legibus et de Senatusconsultis*, pag. 65. Siccama, *De iudicio centumvirali*, lib. II, cap. 6. Vinc. Gravina, *De legibus*, cap. 80 (opera pag. 411). Gotofredo, *Ad L.* 4, D. *h. t.* Panzirollus, *Ixthes. variar. lection.*, lib. II, cap. 23. Terrasson, *Histoire de la iurisprud.*, pag. 125. Vedi anche Lovardus, *La vera origine querelae inoff. testament. e lege Glicia.*

(3) *Commentar. ad pr. inst. de inoff. testament.*

(4) Vedi Glück, VII, pag. 353 e Mühlenbruch, XXV, loc. cit.

(5) Vedi Duareno, *Ad Tit. Dig. de inofficios. testament.*

(6) Vedi Valerio Massimo, lib. VII, cap. 7, es. 5. Cicerone, *In Verrem Orat.*, I, cap. 42.

(7) *Recept. Sentent.*, lib. III, tit. 8, § 5.

(8) Pithöus, *Ad collation L. mosaic. et Romanor.*, tit. XVI, § 3. Ranchin, *Edicto perpetuo restit.*, lib. IV, tit. 3. Vulteo, *Ad princ. inst. de inoff. testament.*, 3. Besoldus, *Intelibatis iur.*, lib. V, quest. 17.

(9) Vedi Schulting, *Jurisprud. ad Iustin.*, pag. 408, nota 17. Heineccio, *Dissert.* (opuscolo bar., pag. 278).

(10) Vedi L. 1, C. *Quorum bonorum* (8, 2).

(11) L. 5, 30, *h. t.* (5, 2).

**220.** In generale per esercitare la *querela inofficiosi testamenti* bisogna che l'attore sia non solo il più prossimo erede intestato del testatore, ma che abbia diritto alla porzione legittima; imperocchè si può bene essere il più prossimo erede intestato e non aver diritto alla legittima, come avviene p. e. per il *minus plene adoptatus*, il quale, sebbene sia erede intestato del padre civile, non può esercitare la querela contro il testamento di lui non essendo nel medesimo tempo erede necessario (1).

La querela dunque è concessa innanzi tutto:

1) Ai discendenti del testatore, tanto a coloro i quali erano già nati al tempo della fazione, quanto a coloro che sono nati dopo.

L. 6, *h. t.* - Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres. vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo iis imputatur, cur intestati non decesserint? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare; non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane eis imputari potest, cur eum heredem non scripserint; potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo, item natus secundum tabulas haberet. Simili modo et eum qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri, dico.

La *querela inofficiosi testamenti* è data al discendente solo nel caso ch'ei fosse diseredato. Imperocchè, se egli è dimenticato nel testamento, tanto se sia un *suus heres* o un emancipato, avendo queste persone il diritto di essere istituite o debitamente diseredate viene loro concessa la *querela nullitatis* ovvero la *bonorum possessio contra tabulas* (2).

Se invece il discendente anche istituito avesse ricevuto meno della porzione legittima, era anche conceduta la *querela inofficiosi;* però Giustiniano creò un'altra azione, l'*actio ad supplendam legitimam* come vedremo in seguito.

L. 8, pr. *de bonorum possessione contr. tabul.* (37, 4) - Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant. Sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.

2) I figli rispetto alla madre, gli ascendenti materni, come anche gli ascendenti, e limitatamente i germani hanno sempre la *querela inofficiosi testamenti* tutte le volte che vi sono dimenticati, perchè la preterizione per essi non crea nè la *querela nullitatis*, nè la *bonor. possess. contr. tabul.*

L. 15, C. *h. t.* (3, 28) - Filiam praeteritam a matre ad successionem eius citra inofficiosi querelam adspirare non posse explorati iuris est.

Quando vien però conceduto meno della porzione legittima, secondo il nuovo diritto, si concede l'*actio ad supplendam legitimam.*

A nessun altro, fuor di queste persone, vien conceduta la *querela inofficiosi testamenti.*

**221.** Per la natura personale della querela essa non può esser conceduta neppure all'erede del querelante salvo che essa non fosse stata già intentata o almeno preparata per mezzo, se non altro, dalla dichiarazione del querelante di volere avvalersi della querela.

L. 6, § 2, *h. t.* - Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit: quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad heredem transire.

L. 7, *h. t.* -..... Si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem, vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet; idque divus Pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. Quid ergo, si in potestate non fuerit an ad heredem actionem trasmittat? et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus.

Se la querela non è stata preparata, non si trasmette all'erede del diseredato; meno che il discendente diseredato non muoia prima che l'erede testamentario non abbia deliberato; poichè in tal caso i figli possono in qualità di eredi far uso della querela anche quando non fosse stata neppure preparata.

L. 34, C. *h. t.* (3, 28) - Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto herede, reliquerit autem ex eo nepotem, vel vivum, vel in ventre nurus suae constitutum, deliberante vero scripto herede filius decesserit, nulla hereditatis petitione eo nomine de inofficioso constituta, vel praeparata, omne adiutorium nepotem dereliquit. Neque enim pater nepoti aliquod ius quum decesserit, contra patris sui testamentum dereliquit, quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit avo pater eius, ut neque ex lege Velleia possit in locum patris sui succedere et rescindere testamentum. Et hoc nonnulli iurisconsulti in medio proponentes inhumane reliquerunt. Sed nos, qui omnes subiectos nostros et filios et nepotes habere existimamus affectione paterna et imitatione, secundum quod possibile est omnium commodo prospicientes, iubemus, in tali specie eadem iura nepoti dari, quae filius habebat, et si nec praeparatio facta est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere; et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto, ab intestato eum voca i, nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est; tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat; ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes, vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.

La conclusione a cui siamo venuti in virtù di questa costituzione non è accettata da tutti gli scrittori. Il Marezoll nella dissertazione innanzi citata, a cui ultimamente ha acceduto l'Arndts (3), crede che questa trasmissione della querela avvenga assolutamente, anche quando il querelante muoia dopo che l'erede testamentario abbia accettata l'eredità, e ciò perchè la L. 34 riportata nel suo dispositivo si esprime in un modo generale: *eadem iura nepoti dare, quae filius habebat.* Sebbene Giustiniano esprima questo diritto di trasmissione apparentemente con una limitazione, *in hac specie*, pure è da convenire, secondo essi, nella legislazione Giustinianea, che un principio nuovo introdotto abbia avuto un'estensione maggiore del caso pratico per cui fu introdotto. In secondo luogo le parole finali: *vel quinquennio placuit*, dinotano chiaramente la trasmissione assoluta della querela.

Questa opinione non è stata accettata, e con ragione. Dalla chiara esposizione della legge non è possibile mettere in dubbio che il beneficio della trasmissione sia

(1) L. 10, pr. C. *de adoptionibus* (8, 47).
(2) L. 10, § 5, *eod.*

(3) Marezoll, *In Zeitschr. f. R. u. Process.*, III, § 343. Arndts, *Rechtslexicon.*

stato limitato al caso in cui il querelante muoia prima della deliberaziono dell'erede testamentario. In effetto l'Imperatore dopo il caso della morte del querelante: *deliberante vero scripto herede*, dispone in queste parole: *iubemus in tali specie eadem iura* etc.; onde si vede che la disposizione è subordinata a questo caso. Il fondamento di una tale limitata disposizione è che la negligenza o la remora dell'erede testamentario nel deliberare non debba nuocere al figlio del testatore e ai discendenti di lui; ciò che si rileva anche dalla L. 36, § 2, *eod.* — Una vera difficoltà nasce dalle ultime parole della L. 84 riportata. È vero che quelle ultime parole non si riferiscono all'*actio ad supplendam legitimam;* però, quando si pensa che al tempo di questa costituzione la prescrizione della querela incominciava dalla morte del testatore, mentre un anno dopo nella L. 36, *eod.*, essa prescrizione deve incominciare dal momento dell'accettazione della eredità, è chiaro che le parole: *scilicet post aditam hereditatem*, originariamente dovevano mancare in questa costituzione, e che sono una interpolazione posteriore dei compilatori, i quali non badarono che quell'aggiunta fosse poco in armonia col contenuto della legge (1).

**222.** La *querela inofficiosi testamenti* passa secondo le norme della successione intestata all'altro ordine in caso che il primo chiamato ripudia o manca alla querela.

L. 31, pr. *h. t.* (5, 2) - Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est; et placuit posse ut fiat successioni locus.

Questo principio è svolto molto più da Papiniano nella

L. 14, *h. t.* - Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit; emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis patre praeterito, vita decessit; in quaestione de inofficioso testamento praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet; quod si contra filios iudicetur pater, ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest.

Per la qual cosa, avendo un tale diseredato i figli e preterito il padre e istituito una terza persona, se i discendenti del testatore che sono nel prim'ordine rinunziano alla querela, ovvero questa intentata, perdono la lite, l'ascendente dimenticato appartenente al secondo ordine può esercitare la querela. In caso poi che quel testatore avesse fratelli e non ascendenti, dato che i discendenti diseredati non esercitano la querela o perdono la lite, la querela medesima spetta ai fratelli, naturalmente, se nel testamento siano istituite persone infami.

È controverso se si faccia luogo anche alla *successio graduum*. Se nello stesso ordine vi sono persone di diverso grado e il più prossimo erede necessario avente diritto alla querela non voglia o non possa più esercitarla, quest'azione passa all'ordine seguente.

Ammesso il caso che un padre ha diseredato un figlio ed abbia dimenticato un nipote, il primo sopravviva alla morte del padre, ma non vuole o non può più esperimentare la *querela inofficiosi*, il nipote preterito potrà esercitare la querela?

Molti antichi scrittori, mettendo alla stessa linea in un modo assoluto la successione intestata e la necessaria, ammettevano che, come in quella si dà luogo alla *successio graduum*, così la si dovesse ammettere per la *querela inofficiosi* (2).

Altri al contrario, e sopratutto i moderni, negano una tale successione nella querela (3).

Certo il caso riportato innanzi, a meno che non si tratti di una trasmissione della querela, come si è detto nel numero precedente, dev'essere deciso nel senso contrario all'opinione dei primi scrittori, cioè che non si ammetta la successione nella querela.

In effetti, quando morto il padre il figlio sopravvive, il nipote non è un erede necessario da avere diritto alla querela.

Paolo ed Ulpiano decidono in questo senso il caso addotto.

L. 9, § 2, *de liber. et post.* (28, 2) - Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Iulianus, et Pomponius, et Marcellus aiunt. Diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu; rumpit enim is casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscissum ut superiore casu, fuerit. Sed et si heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam haec verba: si intestato moritur, ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.

L. 6, pr. *de iniust. rupt. testament.* (28, 3) - Si quis filio exheredato nuru praegnante relicta decesserit, et extraneum sub conditione instituerit, et pendente conditione post mortem patris, vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus an rumpat testamentum? Et dicemus, testamentum non rumpi, quum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane si forte institutus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam adgnoscendo quidem is rumpit, quem nemo praecedebat mortis tempore, ab intestato vero is succedit, cui ante eum alii non est delata hereditas; non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, quum deliberante instituto decesserit. Sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit; ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem, vel ad bonorum possessionem posse admitti.

Anche Giustiniano nega espressamente la querela al nipote, quando il padre ha perduto il diritto alla querela sia per rinunzia, sia per prescrizione (4).

Non vale l'argomento in contrario che si oppone dagli avversarii, cioè che secondo il nuovo diritto per l'*editto successorio* del Pretore, la *successio graduum* si estende a tutte le classi, e quindi anche nella querela. Non è da negare che anche l'ultimo sistema Giustinianeo nella Nov. 118 la *successio graduum* sia stata riconosciuta anche nell'ordine dei discendenti; però non è un argomento questo per decidere della medesima successione anche relativamente alla querela, perocchè non tutte le regole relative alla successione intestata sono egualmente applicabili alla successione necessaria. Tanto più, quando si considera non potersi provare facilmente come i principii introdotti nella L. 34, C. cit. siano stati poi aboliti da un'altra legge.

(1) Vangerow, II, pag. 478, not. n. 3; vedi anche Glück, VII, pag. 464. Mühlenbruch *in Glück*, XXXV.

(2) Vinnio, *Se lect. iuris. quaestion.*, lib. I, cap. 20. Donnello, *Commentar. iur. civ.*, lib. XIX, cap. 7. Noodt, *Comment. ad Pand.*, II, pag. 163. Pothirer, *Pandect. Justinian.*, I, *h. t.*, n. X, not. a pag. 190. Reuter, *De effectu quaerelae inofficiosi testamenti*, § 33 e 34.

(3) Voet, *Ad Pand. h. t.*, § 6. Faber, *De erroribus Pragmat. Dec.*, XXIX; error 5. Bachovius, *Ad Treutdlerum*, I, Disp. XIII, Th., V, lit. C. D., pag. 524. Thibaut, *System.*, § 810, etc.

(4) L. 34, C. *h. t.* (3, 28), riportata nel numero precedente.

Un altro caso di una *successio graduum* della querela potrebb'esser questo. Un figlio ha diseredato o preterito suo padre; questi però non vuole o non può esperimentare la querela; il dritto ad essa passa all'avo che è il grado più remoto? In questo caso l'esistenza del padre che sopravvive al testatore impedisce la qualità di erede necessario all'avo egualmente come nel primo caso. Il concetto che gli ascendenti più remoti formino un'unica e propria classe non è esatto, perchè, come ben dice Faber: *praeferetur frater avo in querela, non tamquam potior in successione, si inter avum et fratem res agatur, sed quia nullo potest locus esse avo in successione nepotis, quandiu avum pater praecedit; sicut nec nepoti in successione avi, quandiu nepotem pater ante vertit* (1).

**223.** La *querela inofficiosi testamenti*, sebbene abbia per base la *hereditatis petitio*, e quindi, come si disse, può essere chiamata una *heredis petitio ab intestato qualificata*, pure relativamente alla persona del convenuto ha un campo più limitato di quello che si riconosce alla petizione dell'eredità. In effetto la querela non è rivolta contro chiunque possiede *pro herede o pro possessore*, come la *hereditatis petitio*, ma contro l'erede istituito dal momento dell'eredità.

L. 10, C. *h. t.* (3, 28) - Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet, causam apud procuratorem nostrum agere potes.

L. 8, § 10, *h. t.* (5, 2) - Quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela.

La *querela inofficiosi testamenti* è trasmissibile agli eredi, e quindi può essere convenuto anche il successore dell'erede iscritto.

La querela inoltre può esser rivolta contro il fedecommissario universale dopo avvenuta la restituzione.

Può essere anche convenuto colui che succede nell'eredità tolta ad altri dichiarati indegni.

Finalmente può essere proposta dal figlio diseredato contro l'emancipato che trovasi in possesso dell'eredità per la *bonorum possessio contra tabulas* (2).

La *querela inofficiosi testamenti*, come si disse, essendo diretta contro l'erede testamentario, non potrà esercitarsi, se non quando l'erede abbia accettata l'eredità. Per la qual cosa fu necessario stabilire un termine all'adizione, perchè fosse fissato il *dies a quo* della querela. Il termine dell'adizione fu fissato da Giustiniano a sei mesi pei presenti e a dodici per gli assenti. Chi non delibera in questo tempo è in generale ritenuto come accettante.

L. 36, § 2, C. *h. t.* (3, 28) - Illud praeterea sancimus, ut tempora inofficiosi querelae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant. Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporibus dabat, ut non liceat heredi, quando voluerit, adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali. Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querela, necessitatem habere scriptum heredem si quidem praesto est in eadem commanens provincia, intra sex mensium spatium, sin autem seorsum utraque par, in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium, simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire huiusmodi hereditatem, vel manifestare suam sententiam, quod hereditatem minime admittat; expeditus etenim ita tractatus inducitur filio memoratam movere querelam; sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis heredem scriptum compelli hoc facere. In medio tamen tempore id est a morte quidem testatoris sed ante aditam hereditatem, si decesserit filius, huiusmodi querelam, licet se non praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet praeparationem,

## § 61. — *Effetti della querela inofficiosi testamenti.*

224. Effetto immediato della *querela inofficiosi testamenti*; parziale o totale rescissione del testamento; questione. — 225. *Quid* relativamente ai legati; totale o parziale rescissione del testamento; modificazione apportata dalla Nov. 115. — 226. Diritto di accrescimento relativamente agli effetti della querela. — 227. Casi per cui si perde il diritto alla *querela inofficiosi*.

**224.** La *querela inofficiosi testamenti* produce la rescissione del testamento in riguardo al querelante, il quale domanda la sua porzione intestata. Per conseguenza il querelante dal giudizio non può ottenere di più della sua porzione intestata.

La rescissione del testamento può avvenire in tutto o in parte.

Avviene in tutto, quando colui che esercita la querela è l'unico erede intestato; quando ciò avviene, l'erede istituito è considerato come mai fosse stato istituito.

L. 21, § 2, *h. t.* (5, 2) - Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset, et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit, competere et compensationem debiti.

Conseguentemente cessato l'istituito di essere erede, si risolve la confusione avvenuta al momento che egli accettò l'eredità, e quindi i diritti di lui contro il testatore rivivono e si fanno valere contro il querelante diventato erede intestato.

L. 22, C. *h. t.* (3, 28) - Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem, filia autem, quam habuit in potestate, exheredata facta minime perhibetur, nihilque ei relictum est, neque iustas offensae causas praestitisse convincatur, eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur. Quod si iam obtinuit vel postea evincat, quodcumque maritus mortis suae tempore debuisse tibi perhibetur, id ab ea, reddi oportet.

La rescissione dell'intero testamento avviene anche quando colui che esercita la querela o non è il solo erede *ab intestato* o uno il quale non abbia neppure diritto alla porzione legittima, ma pure per errore del Giudice in quest'ultimo caso la querela è accolta. Però la rescissione non giova all'attore, perchè gli eredi *sui ab intestato*, una volta rescisso il testamento, possono domandare la restituzione di tutto o di parte dell'eredità.

L. 6, § 1, *h. t.* - Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, et casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem; nam intestatum paterfamilias facit.

Posto il caso che un fratello consanguineo abbia esercitata la querela contro un testamento dell'altro fratello, e abbia vinta la lite, se per caso esiste un figlio di un fratello germano premorto, il quale è preferito

(1) Faber, *De error. pragmaticor. de cad.*, XXIX, error. 5, pag. 181.

(2) L. 8, pr., *de bonorum possessione contra tabul.* (37, 4), già riportata innanzi; L. 20, *eod.*; L. 1, C. *h. t.*

nella successione intestata, la vittoria ottenuta dal consanguineo non giova a lui, ma al figlio del fratello germano.

Così ancora se di due figli ingiustamente diseredati un solo abbia esercitata la *querela inofficiosi*, e domandata la sua porzione intestata, l'abbia ottenuta, la vittoria conseguita giova non a lui solamente, ma anche all'altro fratello il quale, sebbene non abbia esercitata la querela, pure, essendo stato rescisso tutto il testamento, può domandare dall'altro fratello la restituzione della sua porzione intestata (1).

Il testamento può essere rescisso in parte. In tal caso avviene una successione mista intestata per il querelante, testamentaria per gli altri eredi rimasti eredi testamentarii.

L. 19, *h. t.* - Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit; haec de inofficioso egit, et obtinuit; quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiam si totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit; et ideo ab extraneo semissem vindicandum, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur.

Avviene la parziale rescissione del testamento nei seguenti casi:

1) Quando di molti eredi testamentarii convenuti con la querela qualcuno non sia stato condannato, p. e., se questi, essendo anch'egli erede necessario, sia stato istituito nella sola porzione legittima, ovvero l'erede necessario si sia rivolto contro qualcuno degli eredi testamentarii.

L. 25, § 1, *h. t.* - Si quis, quum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum tentat, et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat, dicendum est, quia testamentum proparte valet, et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse.

L. 24, *eod.* - Circa inofficiosi querelam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur; quid enim, si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

Ovvero quando, come nel caso della legge riprodotta, la querela è esercitata dal fratello, se insieme con una persona turpe è istituita una persona onesta. La istituzione di quest'ultima rimane nella sua piena validità (2).

Similmente avviene la medesima parziale rescissione, quando la porzione intestata del querelante non comprende tutta la eredità, essendo istituiti eredi coloro che sono nel medesimo tempo eredi *ab intestato*, sebbene non avessero diritto alla porzione legittima.

Questo oggi è un punto controverso. Esclusa l'opinione di qualche antico scrittore il quale credeva che in questo caso la porzione degli altri eredi intestati si accrescesse al querelante (3); la comune opinione si era stabilita sulla parziale distinzione (4).

Oggi però ha avuto un certo seguito la opinione di molti, i quali in tal caso ritengono che il testamento sia rescisso in tutto e che la successione intestata abbia luogo non solo per il querelante, ma per tutti gli altri eredi *ab intestato* (5).

Fondamento precipuo di questa opinione è la massima: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest;* perchè in virtù di essa, anche quando il querelante domandi una parte sola dell'eredità, deve necessariamente produrre la rescissione di tutto il testamento. Onde sarà applicabile la L. 6, § 1, innanzi riportata.

Questa opinione però non è accettabile, perchè il principio invocato menerebbe in ogni caso alla rescissione totale del testamento; perchè se fosse vero che il giudice in virtù della nota massima citata possa aprire la successione intestata per il querelante solo per mezzo della totale rescissione del testamento, ciò si dovrebbe avere anche quando lo stesso querelante si rivolga contro un solo degli eredi istituiti. E di vero in entrambi i casi il querelante domanda la sua porzione intestata, e questa non si potrebbe secondo tale opinione ottenere se non con la totale rescissione del testamento. Ora se secondo le leggi citate (6) in quest'ultimo caso avviene una parziale rescissione, ciò bisogna riconoscere per lo stesso motivo anche per il caso in esame, cioè che il testamento dev'essere rescisso solo relativamente per quanto concerne la porzione intestata dell'attore (7).

L. 16, pr. *h. t.* - Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit id et obtinuit, filia, quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit

**225.** Relativamente ai legati stabiliti nel testamento rescisso è anche da fare la distinzione se la rescissione avviene in tutto o in parte. Nel primo caso tutti i legati e le altre disposizioni cadono assieme col testamento.

L. 8, § 16, *h. t.* Si ex causa de inofficioso cognoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est, et suus heres erit, secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit; et libertates ipso iure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit; et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit; et ita Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt (8).

Di questa regola c'è qualche eccezione e principalmente ciò avviene quando l'erede istituito è condannato in contumacia; come ragione di quest'eccezione Paolo crede che in tal caso non decide il convincimento del giudice ma la negligenza dell'erede: *hoc enim casu non creditur ius ex sententia Iudicis fieri.*

Similmente avviene quando l'erede iscritto interviene in giudizio, ma vi fu collusione con l'attore.

(1) Glück, VII, pag. 447. Vangerow, II, § 479, not. 1.

(2) L. 27, C. *h. t.*

(3) Puffendorf, *Observat. iur. Civ.*, II, obs. 9, § 9; *Ueber praelet. iur. civ. ad Pand.*, § 10 e 11. Strik Sintagm., *Iur. civ. exerc.*, X, § 23.

(4) Glück, VII, § 436. Francke, pag. 299. Mühlenbruch *in* *Glück*, XXXV, pag 397; XL, pag. 151. Thibaut, § 960. Vangerow, loc. cit.

(5) Huschke *in Mus.*, VI, pag. 311. Puchta, § 490, not. 3. Sintenis, III, pag. 651, not. 9.

(6) Vedi L. 25, § 1; L. 24-19-15, § 2, *h. t.*; L. 13-27, C. *h. t.*

(7) Vedi Vangerow, II, pag. 479, not. 1,

(8) L. 21, § 2; L. 28, *eod.*

L. 5, § 1, *de appel.* (49, 1) - Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis, et qui libertatem acceperunt, permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum sicut Dius Pius rescripsit (1).

Se invece il testamento fosse stato rescisso in parte, i legati imposti sulla parte non rescissa sono nella piena validità, e nulli quelli stabiliti sulla parte rescissa.

L. 8, § 5, *h. t.* - Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit: nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est; tunc enim pupillare valet.

Questo stato del diritto fu mutato dalla Nov. 115, in cui Giustiniano stabilì che apertosi il giudizio contro il testamento secondo le regole della Nov. medesima con l'annullarsi le istituzioni di eredi, non si estinguevano nel medesimo tempo le istituzioni accessorie: come legati, nomine di tutori, sostituzione pupillare ecc. ma di ciò ne parleremo a suo luogo.

**226.** Quanto al diritto di accrescimento relativamente al giudizio di inofficiosità, è da stabilire il principio generale: che allora solamente si può parlare di accrescimento, quando vi è possibilità all'apertura di una successione intestata; e quindi quegli eredi intestati i quali in una rescissione parziale di testamento restano quali eredi testamentarii, sia perchè, essendo eredi necessarii hanno ottenuto la loro porzione legittima nel testamento, ovvero anche non avendo diritto alla legittima furono istituiti, come si è veduto innanzi, sono attivamente e passivamente esclusi da tale accrescimento (2).

Di qui le seguenti conseguenze:

1) Possono essere obbietto di accrescimento solo le porzioni di coloro i quali hanno perduto il diritto alla querela per rinuncia, per prescrizioni o per morte.

L. 17, *h. t.* - Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset, hic, si obtinuerit, utetur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, quum facerent intestatum, crediderint.

L. 23, § 2 - Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri accrescit. Idemque erit, etsi tempore exclusus sit.

2) Ha diritto all'accrescimento colui il quale ha in astratto od in concreto il diritto alla querela.

3) Ha luogo l'accrescimento quando tutto il testamento è rescisso, perchè in tal caso si apre una vera successione intestata.

**227.** Il diritto di produrre la *querela inofficiosi testamenti* si perde:

1) Colla rinunzia, la quale è efficace solo quando è fatta dopo la morte del testatore; fatta prima non vale.

L. 35, § 1, C. *h. t.* (3, 28) - Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit eius iudicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari, secundum Papiniani responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.

Una tale rinunzia può essere anche fatta tacitamente per mezzo del riconoscimento dei legati (3); ovvero per qualunque altro modo (4).

2) Si perde egualmente con la prescrizione.

La prescrizione della querela è di cinque anni, computandosi dal momento dell'accettazione dell'eredità.

L. 8, § 17, *h. t.* - Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt, vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori.

Questa prescrizione ha la particolarità, che il decorso del tempo è per sè interrotto nel caso in cui avesse bisogno di una restituzione *in integrum*.

L. 12, § 2, *h. t.* (5, 2) - Si, quum filius ademtum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querelam, praescriptione removendus non est, quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur ut merito repellendus non sit.

L. 16, C. *h. t.* (3, 38) - Contra maiores viginti quinque annis duplicem actionem inferentes, primam quasi testamentum non sit iure perfectum, alteram, quasi inofficiosum, licet iure perfectum, praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest (5).

3) La *querela inofficiosi testamenti* non essendo trasmessibile attivamente agli eredi, quando non è neppure preparata, si estingue con la morte.

4) Finalmente la querela, essendo un'azione sussidiaria, non è data quando l'erede necessario ha un altro mezzo giudiziale per far valere il suo diritto.

L. 2, *Inst. h. t.* - Ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio iure ad hereditatem venire possint. Nam qui ad hereditatem totam vel partem eius alio iure veniunt, de inofficioso agere non possunt (6).

## § 62. — *Dell'actio ad supplendam legitimam.*

Bibliografia.

Schleinitz, *Comm. de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur*, Goettingae 1818. — Arndts, § 596. — Idem, *Rechts Lexicon*, VIII, pag. 138 a 141. — Puchta, § 589. — Brinz, § 203. — Sintenis, III, § 200. — Mühlenbruch *in Glück*, XXXVI, § 1421; XXXVII, § 1422. — Glück, VII, pag. 142, ss. — Vering, pag. 398.



**228.** Prima di Giustiniano la mancanza del testatore verso gli eredi aventi diritto alla porzione legittima portava irremissibilmente alla rescissione del testamento per mezzo della *querela inofficiosi*. Però al

(1) L. 29, pr. *h. t.*; L. 14, pr., *de appell.* (49, 1).

(2) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXV, pag. 362, ss.

(3) L. 5, pr. *de his. quae in indig.* (34, 9); L. 8, § 10; L. 12, § 1, *h. t.*

(4) L. 23, § 1, *h. t.*

(5) L. 8, § 17, *h. t.*; L. 2, C. *in quib. caus. in integr. rest. nec. non est* (2, 41). Mühlenbruch, loc. cit., pag. 461.

(6) Vedi L. 4, C. *de praeter. lib.* (6, 28); L. 8, § 9 e 15, *h. t.* Vedi Schneider, *Die allgem. Subsid. Klagen*, pag. 410. Bluntschli, *Erbf. gegenden letz. Willen*, pag. 158. Mühlenbruch, op. cit., pag. 358.

tempo della giurisprudenza classica di Roma, fu in pratica ritenuto che la querela fosse esclusa, quando per una disposizione ultima del defunto, qualunque sia stata la disposizione anche per donazione *mortis causa*, l'erede necessario avesse conseguito tanto per quanto importava la porzione legittima.

L. 8, § 6, *de inoff. test.* (5, 2) - Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decesserit, puto secure eum testari.

Da una sentenza di Paolo apprendiamo che, anche quando il testatore lasciasse ad un erede necessario meno della sua porzione legittima, nè vi fosse altra disposizione *causa mortis*, la *querela inofficiosi testamenti* potesse essere evitata.

*Pauli Recept.*, sent. IV, tit. 5, § 7 - Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit ut quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querelam impleatur, iure desiderat.

Se dunque un padre avesse lasciato ad un figlio meno della porzione legittima, la querela era evitata se la sua porzione *ex iudicio defuncti* venisse integrata dagli altri coeredi. Ciò si facea valere contro i coeredi con l'*actio familiae erciscundae*, contro i terzi con la *petitio hereditatis*.

Questo principio fu meglio determinato da un rescritto di Costanzo (1).

Giustiniano finalmente introdusse l'*actio ad supplendam legitimam* per mezzo della quale il testamento rimaneva integro, se l'erede necessario fosse stato ricordato nel testamento, ma avesse conseguito meno della porzione legittima; in tal caso si dava diritto a pretendere solo quello che mancava.

L. 30, C. *de inoff. test.* (3, 28) - Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat; ut sive adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, quum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerint mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de iis personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. — § 1 - Sin vero vel praeterierint aliquam eorum personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam, vel exheredatione vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint, tunc vetera iura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem vel permutationem acceptura (2).

**229.** Quest'azione fu perciò chiamata *actio ad supplendam legitimam*, ovvero *actio suppletoria seu expletoria*, ovvero anche *condictio ex constitutione*, 30, Cod. *de inofficioso testamento.*

L'azione ad *supplendam legitimam* è una azione personale nascente da una obbligazione per legge. Però non si è concordi in ciò, e molti credono che essa sia un'*actio in rem scripta*, e che le altre azioni con cui si può far valere il contenuto di una disposizione di ultima volontà si estendono anche per conseguire il supplemento della porzione legittima. Quindi, giusta quest'ultima opinione, secondo le circostanze, si può ottenere questo supplemento o con la petizione di eredità, ovvero con l'*actio familiae erciscundae* (3).

Quest'azione si può certo far valere nel giudizio *familiae erciscundae*, perchè, essendo un diritto che nasce dalla eredità necessaria, è un obbligo degli altri coeredi, e come qualunque altra prestazione personale si può far valere nel giudizio di divisione.

L'azione *ad supplendam legitimam* suppone che la porzione legittima sia stata rilasciata *debito modo*, ma non *debita quantitate*. È indifferente secondo la legge se la porzione legittima fosse stata a lui lasciata per istituzione di erede o per legato. Solo per la Nov. 115, come vedremo, nei rapporti tra ascendenti e discendenti, vi era bisogno della istituzione di eredi.

L'azione, di cui è discorso, è un'azione ordinaria, quindi tutte quelle particolarità notate nella *querela inofficiosi testamenti* non sono applicabili all'azione suppletoria. Per la qual cosa l'azione si estingue come ogni altra ordinaria in 30 anni e non in cinque.

Su questo punto ci è stata questione perchè molti scrittori hanno creduto che questa azione, come la *querela inofficiosi*, si estinguesse in cinque anni (4).

Questa opinione che è nata da una falsa interpretazione della L. 54, C. *h. t.* (3, 28) è stata oggi del tutto abbandonata (5).

Conseguentemente l'azione suppletoria è trasmissibile attivamente e passivamente agli eredi senza bisogno di essere esercitata o preparata come la *querela inofficiosi* (6).

**230.** Quest'azione si perde non per riconoscimento del testamento come la querela, ma per espressa rinunzia.

L. 35, § 2, C. *h. t.* (3, 28) - Et generaliter definimus quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, vel inter vivos sub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum est accepisse, non adiiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem nullum sibi filium facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri; nisi hoc specialiter sive in apocha, sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta, vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem; tunc etenim, omni exclusa querela, paternum amplecti compelletur iudicium.

**231.** L'azione suppletoria è diretta verso il coerede, se l'erede necessario sia instituito, o verso gli eredi, se esso erede necessario (p. e. un fratello o un ascendente prima della N. 115) sia un semplice legatario; e tutti costoro, sieno eredi, sieno coeredi, rispondono in proporzione delle quote ereditarie.

(1) L. 4, Cod. Theod. *de inoff. test.* (2, 19). Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXVI, pag. 4, ss.

(2) § 3 *Inst.*, *h. t.* (2, 18); L. 36, pr. C. *h. t.* (3, 28).

(3) Vedi Glück, VII, pag. 146. Mühlenbruch *in Gluck*, XXXVI, pag. 21.

(4) Huber, *Praelect. ad Pand. de inoff. test.*, § 20. Voorda, *Elector.*, cap. 11. Idem, *In interpretat. et emendation.*, lib. III, cap. 7.

(5) Vedi Glück, loc. cit., pag. 147, ss.

(6) L. 34, C. *h. t.* (3, 28).

La medesima azione può essere esercitata ancora contro il fedecommissario universale.

Questo principio generale soffre una certa modificazione nei seguenti casi.

Quando tra gli eredi istituiti vi siano alcuni, anche aventi diritto alla porzione legittima, e siano istituiti solo in questa porzione, l'azione suppletoria si può rivolgere solamente o contro gli eredi instituiti che non hanno dritto alla legittima o contro anche i legittimari eredi che siano istituiti in una porzione superante la legittima.

Il convenuto non ha come nella *querela inofficiosi testamenti* la eccezione che il querelante si sia condotto male verso il testatore, onde giustificare la diminuzione dal testatore fatta alla porzione legittima. Questa eccezione gli sarà concessa quando tale cattiva condotta verso il testatore sia stata dichiarata nel testamento come motivo di tale diminuzione (1).

### § 63. — *Querela inofficiosae donationis et dotis.*

Bibliografia.

T., Cod. *de inofficiosis donationibus* (3, 29); *Cod. de inofficiosis dotibus* (3, 30). — Donell., *Com.*, lib. xix, cap. 2. — Lanterbach, *De donat. inoff.*, ii, n. 73. — Hille, *De immodicar. donat. quaerelae*, Marb. 1878. — Schneider, *Die subsidiären Klagen*, ii, cap. 5. — Breidenbach, *Zur Lehre van der Rescission Pflichtwidriger Schenkungen* (Arch. f. civil. Praxis), xxvii, n. 14; xxviii, n. 2. — Arndts, § 597. — Idem, *Rechts Lexicon*, viii, pag. 162, ss. — Sintenis, § 200. — Puchta, *Pant.*, § 491. — Glück, xxxvii, pag. 38, ss. — Franke, op. cit., pag. 498, ss. — Vangerow, § 482. — Tewes, ii, § 136.

232. Nozione e natura di questa querela. — 233. Requisiti per l'esercizio di questa azione. — 234. Analogia tra questa e la *querela inofficiosi testamenti*. — 235. Effetti della *querela*; questione sulla estensione di tali effetti; opinione delle diverse scuole e nostra opinione. — 236. *Querela inofficiosae dotis*.

**232.** Quando la porzione legittima è stata offesa da una donazione *inter vivos*, all'avente dritto si concede un'azione per la rescissione della donazione medesima, che in fondo è la medesima querela *inofficiositatis* che porta il nome di querela *inofficiosae donationis*. Quest'azione è stata concretata dalle costituzioni imperiali ed è un'applicazione della *querela inofficiosi testamenti* al caso della dote immodica.

L. 8, pr. C. *h. t.* (3, 29) - Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitationes, qui consilii supremum iudicium anticipare contendunt, et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur (2).

**233.** Perchè possa essere esercitata quest'azione conviene:

1. Che sia una donazione *inter vivos;* la donazione causa *mortis* è considerata come un legato, e quindi, come vedremo a suo luogo, è nel caso riducibile per mezzo della quarta Falcidia (3).

La *querela inofficiosae donationis*, a similitudine della *inofficiosi testamenti*, è sussidiaria, e quindi è inammessibile la opinione del Voet seguita anche dal Thibaut (4), i quali credono che per una donazione *causa mortis* sia concessa la *querela inofficiosi*.

A maggior ragione non è data quest' azione per gli atti onerosi che abbiano potuto offendere la porzione legittima, come p. e. se il testatore abbia fatto una dannosa permuta, o venduto una cosa al disotto del suo valore, ecc.

La opinione di alcuni (5) che in questo caso all'erede legittimario si conceda un'*actio quasi Calviniana* e *quasi Faviana* non è ammessibile.

Questi atti possono cadere sotto la querela, quando si può ad essi in parte attribuire l'idea della donazione, p. e. se si fosse trattato di una eredità simulata o anche a vilissimo prezzo coll'animo di donare il resto. Però è inammessibile l'applicazione dell'azione Calviniana e Faviana per la diversa natura di esse. Imperocchè per mezzo di queste azioni il patrono poteva rescindere qualunque alienazione fatta dal liberto in pregiudizio di lui, e ciò anche quando nell' eredità di esso liberto rimanesse di più di quello che spettasse al patrono. Invece nella *querela donationis* si richiede che le alienazioni abbiano diminuito tanto il patrimonio da non potersi dare agli eredi necessari la loro porzione legittima (6).

2. La donazione dev'essere immodica, cioè di tale entità da offendere la porzione legittima e quindi essere *inofficiosa*. La porzione legittima può essere offesa in due modi; o col non lasciar nulla nel patrimonio o col diminuirla; nel primo caso solo è data la querela, perchè nel secondo si dà luogo all'azione suppletoria, *actio ad supplendam legitimam*.

Quanto al tempo in cui avviene la inofficiosità, bisogna attendere due momenti. Innanzi tutto bisogna tener presente il momento della donazione, di guisa che questa non si consideri *inofficiosa*, quando non per essa veramente ma per ulteriori diminuzioni del patrimonio sia stata lesa la legittima; però deve tenersi presente la morte del testatore, nel senso che gli aumenti patrimoniali avvenuti dopo tolgono la lesione avvenuta prima.

A norma di questi principii si hanno le seguenti conseguenze:

*a)* Quando l'erede necessario, non ostante la donazione per sè considerata, trova nell'eredità tanto che, imputando ad esso la somma donata, venga a riavere puramente ciò che gli era a titolo di legittima dovuto, egli non ha la querela, indipendentemente dal fatto che il testatore abbia con disposizioni testamentarie riparato alla violazione.

Nov. 92, cap. 1 - Posita igitur a nobis lege in sua virtute manente, illud volumus, ut, si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querentur, qui habent quidem in omni substantia patris quod legitimum est, in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris antequam donationibus exhauriretur, non valentibus filiis, qui donationibus honorati sunt, dicere contentos se quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere paterna hereditate,

(1) L. 30, pr. C. (3, 28).

(2) Nov. 92, cap. 1.

(3) L. 17, *de mort. caus. donat.* (39, 6); L. 5, C. *ad leg. Falcid.* (7, 50); L. 2, C. *de mort. caus. donat.* (8, 57).

(4) Voet, *Ad Pand.*, ii, tit. *de donation.*, § 40. Thibaut, *Syst.*, § 1113.

(5) Glück, loc. cit., pag. 191, ed autori ivi citati a nota 4.

(6) Mühlenbruch *in Glück*, xxxvi, pag. 133, ss. Franke, pag. 540.

sed neque cogendis quidem, si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem, necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod hinc differt, secundum quam scripsimus mensuram, ut non minus habeant illi, quod ex legibus eis debetur, propter factam in donationibus immensitatem, dum liceat patri mediocriter sapienti circa omnem prolem etiam iis, qui ab eo potius diliguntur, donare aliquid amplius, et non ceteros filios per immensitatem in illos factam laedere et nostram transcendere intentionem. Et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit. Differentes autem illud dudum, et humanarum experti animarum, quoniam videbamus eos in huiusmodi passionibus labefactari atque descendere, propterea nunc augmentum illi legi hoc facimus.

Ragione di questa disposizione è che il legittimario ha diritto alla sua legittima al momento della morte del testatore; quindi supposto che questi abbia durante la sua vita fatto una donazione immodica p. e. di mille, ed abbia dopo aumentato il patrimonio in guisa da riparare il vuoto fatto innanzi, il legittimario non può giovarsi della lesione apportata al tempo della donazione. Però è da por mente che l'aumento posteriore dev'essere calcolato per il computo della porzione legittima. Falso è quindi il ragionamento che fa il Glück a questo proposito: supposto il caso che uno abbia cinque figliuoli ed il patrimonio di ottomila, e faccia una donazione di cinquemila onde venga a ledere di mille la porzione legittima dei figli; se egli prima della sua morte accrebbe il suo patrimonio di mille, i legittimari non avrebbero diritto di dolersi. Falso, poichè i legittimarii medesimi hanno dritto alla porzione legittima anche su questi mille; ossia sull'intero patrimonio di novemila; ond'è che la loro porzione legittima ascenderebbe a quattromila e cinquecento e quindi sarebbe nel caso proposto lesa sempre di cinquecento, e perciò i legittimari posson gravarsi.

Perchè fosse applicato il principio suesposto e sanzionato nella N. 92 surriportata conviene che l'aumento posteriore faccia un sol tutto col patrimonio qual doveva essere senza la donazione, e su di esso si computi la porzione legittima (1).

*b*) La donazione può essere considerata immodica, quando per sè medesima offende la porzione legittima. Ma se p. e. il patrimonio del donante si diminuisce per caso, la querela non è applicabile. Lo stesso si dica quando sono state fatte molte donazioni consecutivamente, perocchè di queste bisogna osservare, cominciando dall'ultima, quale di esse abbia offesa la porzione legittima (2).

3. La porzione legittima offesa dalla donazione immodica dà sempre luogo alla *querela inofficiosae donationis;* nè può essere evitata dalla prova che il donante non abbia avuto l'intenzione di offendere la legittima, come a torto affermano molti scrittori (3).

L'analogia della *querela inofficiosi testamenti* si oppone ad una simile dottrina, ed invece chiaramente per l'ammissione di quella azione ed anche della suppletoria è richiesta che obbiettivamente la porzione legittima sia offesa dalla disposizione di ultima volontà, qualunque fosse stata la intenzione del testatore (4).

(1) Vedi Franke, pag. 510, ss. Arndts, pag. 167. Vangerow, II, pag. 482, not. Tewes, § 136, pag. 461, ss.

(2) Vedi Franke, pag. 514. Mühlenbruch, pag. 120, nota 50. Vangerow, loc. cit.

(3) Mühlenbruch, XXXVI, pag. 74, ss.

(4) Glück, VII, pag. 167 e not. 29 e 30. Vangerow, loc. cit. Franke, pag. 503. Arndts, pag. 165, ss. Sintenis, III, pag. 662, not. 11. Tewes, § 136.

(5) Puchta, *Pant.*, § 491, not. C. Arndts, pag. 163.

(6) Franke, pag. 518. Vangerow, Tewes, loc. cit.

**234.** 4. È attore in quest'azione colui che può anche esercitare la *querela inofficiosi testamenti* con lo stesso ordine e con le medesime limitazioni.

E perciò non può esercitare quest' azione colui che si rese ingrato verso il testatore e il germano quando nel testamento non sia stato istituita una persona turpe.

Non è da accettare la opinione di coloro che vogliono negata la querela *inofficiosae donationis* al germano (5) perchè a ciò contrasta lo spirito della legge (6).

È vero che la querela è concessa espressamente ai discendenti e agli ascendenti (7); ma la comune opinione ha interpretato quelle costituzioni non in modo tassativo, e in ogni riscontro è fatta una perfetta analogia con la *querela inofficiosi testamenti.*

Il donante non può impugnare la sua stessa donazione come inofficiosa tranne in un sol caso, quando cioè egli dopo la donazione abbia avuto figliuoli.

L. 5, C. *h. t.* (3, 28) - Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad summovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur.

A questo scopo al donante non è concessa veramente lo *querela inofficiosae donationis,* non essendovi veramente in quel tempo e mentre lui vive una quistione d'inofficiosità, ma gli si concede una *condictio ex lege.*

È convenuto in quest'azione il donatario e i suoi eredi.

È stato affermato ch'essa può essere esperimentata anche contro il terzo possessore delle cose donate (8); e ciò in analogia della querela *inofficiosi testamenti* la quale è una *hereditatis petitio ab intestato.* Però anche sotto questo rapporto non sarebbe neppure un'azione reale, perchè anche la *querela inofficiosi testamenti,* come si è veduto relativamente al concetto, è più limitata della *petitio hereditatis* (9).

**235.** Quanto agli effetti è da osservare:

1) Che la *querela inofficiosae donationis* è stata introdotta in analogia della *querela inofficiosi testamenti.*

Epperciò, dove non vi è una specialità stabilita dalle leggi, ha la medesima conseguenza di quest'ultima querela. Così ciò vale per la natura sussidiaria di essa per un breve termine per la prescrizione, ecc. (10).

È molto controverso, se per mezzo di quest' azione la donazione è rescissa per intero, come per la *querela inofficiosi testamenti* è rescisso tutto il testamento; ovvero è rescisso per tanto, per quanto importi la porzione legittima.

La comune opinione, che è anche la più antica fin dal tempo della Glossa, limita l'effetto della *querela inofficiosae donationis* alla porzione legittima o al suo complemento (11).

Altri credono che con quest'azione è rescissa tutta la donazione (12).

Un'altra serie di scrittori fa alcune distinzioni. Certi distinguono se la donazione sia fatta ad uno estraneo

(7) L. 1-2-4, C. *h. t.* (3, 29).

(8) Glück, VII, pag. 176.

(9) Mühlenbruch, op. cit., pag. 70. Vangerow, loc. cit.

(10) L. 7-4-9, C. *h. t.*

(11) Glück, VII, pag. 158. Franke, pag. 521. Mühlenbruch *in Glück*, XXXVI, pag. 97 e quasi tutti gli autori moderni.

(12) Faber, *Coniect.*, lib. III, cap. 27. G. L. Boehmer, *Electa iur. Civ. D.*, I, exerc. 8. J. H. Boehmer, *Doctrina de action.: sect.*, 2 e 3, § 41. Thomasius, *De legitima viventis*, cap. 3, etc.

ovvero ad uno che ha anche diritto alla porzione legittima. Nel primo caso, e quando la donazione è fatta con la intenzione di frodare la legittima, la donazione si rescinde per intero (1).

Nel secondo caso la donazione si rescinde in parte sino alla concorrenza della porzione legittima, salvo il caso che non vi sia stata da parte del donatore la intenzione di offendere la legittima (2).

Altri ancora distinguono se al tempo della donazione vi fossero o no persone aventi dritto alla porzione legittima. Nel primo caso la donazione si rescinderebbe *usque ad legitimam*, mentre se i legittimari nascono dopo la donazione fatta, questa si riduce per intera (3).

Tutte queste distinzioni sono più o meno arbitrarie non essendo menomamente giustificate dalle fonti.

Ond'è che ci occuperemo delle due prime.

La opinione del Faber sostenuta anche da qualche moderno ha per base una sola idea tratta principalmente dalla legge ult., C. *h. t.* (3, 29).

Non convenit dubitari quod immodicarum donationum *omnis* querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa, vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus.

Da questa legge si ricava solo che la *querela inofficiosae donationis* sia stata introdotta a similitudine della *querela inofficiosi testamenti*. Ed in effetti l'analogia sia relativamente ai subietti, sia relativamente allo scopo, sia relativamente al carattere sussidiario dell'azione, sia infine alla durata di essa tra le due azioni è perfetta. Ma da ciò non si ricava che vi debba essere lo stesso effetto. Il grande argomento del Faber sta in una parola oramai ritenuta erronea, e perciò corretta: cioè nella parola *omnis*, che secondo alcuni manoscritti o edizioni si legge *omnibus*, ed anzi il Faber stesso vi aggiunge un *in*, il che dà una certa apparenza di verità alla sua opinione. Però la lettura *omnis querela* invece di *in omnibus querela* è la vera come si legge nel Codice Teodosiano (4), e Scholii dei Basilici.

Gli argomenti tratti dalla L. 1 e 6 non hanno maggior valore.

L. 1, C. *h. t.* (3, 29) - Si ut allegatis, mater vestra ad eludendam inofficiosi querelam pene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos, sive in extraneos, exhausit, ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes, easque legatis et fideicommissis exinanire gestivit; non iniuria iuxta formam de inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis.

L. 6, *eod.* - Quum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse, eundemque patrem vestrum ea, quae superfuerant, codicillis inter vos divisisse proponas, si voluntatem eius non agnovisti, nec beneficio aetatis adversus haec iuvari poteris, nec tantum dos patre data et fideicommissum continent, quantum ad submovendam querelam sufficiat, de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praeses provinciae iurisdictionis suae partes exhibebit.

Da queste due leggi si ricava solamente che chi è leso nella porzione legittima ha il diritto di esercitare la querela, quando questa non gli è lasciata; ma non si parla sull'effetto o sul *quantum* possa pretendere l'attore.

Dall'altra parte altre leggi non dubbiamente accennano alla verità della prima opinione, cioè che in qualunque modo il querelante non può pretendere che la sua porzione legittima, senza rescindere tutta la donazione.

L. 2, C. *h. t.* (3, 29) - Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate eius his permansit et arbitri familiae erciscundae officio congruit, ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumem aut emancipatus is fuit, et quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur iuxta constitutiones, is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi querelae auxilium tibi aequitatis impertiet.

In questo testo si fa una distinzione ed una doppia quistione.

Un padre aveva fatto donazione di tutto il suo patrimonio ad un figlio, e perciò aveva trascurato completamente la figlia. Il figlio poteva essere ancora al tempo della donazione sottoposto alla patria potestà, ovvero poteva essere emancipato. Di qui due questioni: Quale azione compete alla figlia per impugnare la donazione fatta al fratello? In secondo luogo: a quale scopo è diretta l'azione? L'Imperatore decide queste questioni nel seguente modo:

Se il figlio è ancora sotto la patria potestà ella eserciterà l'*actio familiae erciscundae*. Imperocchè essendo la donazione tra padre e figlio sottoposto alla patria potestà, essa non può essere concretata che dall'arbitro della divisione: *Et arbitri familiae erciscundae officio congruit*, e la sua domanda non otterrà altro effetto che la sola porzione legittima: *Ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolumem*. Se poi il figlio è emancipato allora la figlia eserciterà la *querela inofficiosae donationis*, essendo la donazione valida; nè ha bisogno di un *arbiter familiae erciscundae* per convalidarla. *Quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur iuxta constitutiones.*

Però in questa parte il testo non parla dell'effetto della querela; ma non è una strana deduzione che per entrambi i casi vi sia la medesima soluzione, cioè che la figlia non possa pretendere più della sua porzione legittima e rescindere in conseguenza la donazione. Imperocchè, se fosse altrimenti, sarebbe inconcepibile che una donazione nulla, quale sarebbe quella contemplata nel primo caso, porterebbe a mantenere la donazione stessa, salvo la porzione legittima della sorella, per ufficio dell'arbitro nel giudizio di divisione; mentre una donazione valida, com'è quella del secondo caso, dovrebbe essere rescissa per intero, mentre il mezzo concesso alla figlia è equiparato si alla *querela inofficiosi*, ma per *auxilium aequitatis;* e più ancora quando si consideri che tanto nel primo quanto nel secondo caso lo scopo del legislatore era l'identico, cioè quello di riparare alla lesione del diritto di legittima della sorella.

Lo stesso si ricava dalla

L. 7, C. *eod.* - Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in his donationi-

(1) Covarruvias, *Var. resol.*, lib. I, resol. 19, n. 12. Jan. a Costa, *Ad Inst.*, *Tit. de inoff. test.*, § 3.

(2) Brunnemann, *Ad L. 1, C. de inoff. donat* Perez, *Ad C. Tit. de inoff. donat.*, n. 4 e 8.

(3) Cuiaccio, *Obs.*, lib. V, obs. 14. Vedi anche Schweppe *Schrb.*, § 974. Macheldey, § 427.

(4) T. I, lib. II, Tit. 20.

bus, quas tibi largita est, non habeas: quod immoderate gestum est, revocabitur.

Una madre aveva per donazione diviso il suo patrimonio tra i due suoi figliuoli, ma così inegualmente che uno non aveva avuto neppure la metà di ciò che gli spettava per porzione legittima. Quindi contro la donazione dell'altro il leso aveva diritto alla *querela inofficiosae donationis;* però la donazione immodica era rescissa fino al complemento della porzione legittima offesa.

Un ultimo argomento in sostegno di questa opinione si ricava dalla

L. 8, pr. *eod.* - Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitationes qui consiliis supremum judicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur.

In questo testo adunque è espressamente detto che, quando uno esaurisce il suo patrimonio con donazioni tra vivi e offende il diritto alla legittima degli eredi necessari, una tale donazione è rescissa colla querela *inofficiositatis ad instar inofficiosi testamenti*, però *pro ratione quartae.*

L'analogia che qui è messa tra la *querela inofficiosae donationis* e quella *inofficiosi testamenti* riguarda non l'obbietto o la quantità, ma il diritto ad esercitare la querela.

**236.** 2) Querela *inofficiosae dotis.*

La porzione legittima può essere lesa da una dote immodicamente costituita, la quale sotto questo riflesso può essere considerata come una donazione inofficiosa.

Il legittimario in tal caso può esercitare la *querela inofficiosae dotis* contro il marito allo scopo di rescindere la dote di tanto per quanto importa la porzione legittima.

Se il matrimonio è sciolto, l'azione medesima sarà rivolta contro colui, a cui fu restituita la dote.

Quanto al resto quest'azione è retta dai medesimi principii, ed ha il medesimo scopo, le medesime conseguenze della *querela inofficiosae donationis.*

L. un., C. (3, 30) - Quum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promtum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emonumenta debita deferantur.

### Successione necessaria secondo la Novella 115.

#### § 64. — *Contenuto nella Novella 115.*

BIBLIOGRAFIA.

Mühlenbruch *in Glück*, XXXVII, pag. 213, ss.; XLI, pag. 184, ss. — Cuiaccio, *Novellarum constitutionum expositio*, op. omn., X, pag. 551, ss. — Franke, *Des Rects der Notherben.* — Gensenhainer, *Commendatio de interpretatione*, cap. III, Nov. 115, Jenae 1765. — Heumann, *Ueber das neueste Notherbenrecht nach*, Nov. 115 (Zeitschrift f. Civr. u. Process., XVII, pag. 161). — Schedell, *Dissertatio inaug. de eo, quod circa materiam exheredat. et praeter.* Nov. 115, cap. 3; *mutatum est*, 1725. — Schroeder, *Das Notherbenrecht*, 1877. — Minutillo, *La* bonorum possessio *dopo il diritto successorio delle Novelle*, Napoli 1886. — Vangerow, § 484. — Schmitt, pag. 153 a 162. — Arndts, § 598. — Lo stesso, *Rechtslexicon*, VIII, pag. 104, 141 e ss.

237. Principale disposizione della Nov. 115. — 238. Modificazione circa la istituzione dell'erede necessario; quanto alla istituzione semplice; quanto alla istituzione condizionata; questione. — 239. Modificazione della Nov. circa la diseredazione e la preterizione; motivi di diseredazione degli ascendenti rispetto ai discendenti e viceversa. — 240. Modificazione della Nov. circa la forma di diseredazione; questione.

**237.** Una profonda modificazione al diritto successorio necessario fu apportata da Giustiniano con la Nov. 115, la quale al cap. III così si esprime:

Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento. Sed quia causas ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero, cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse prospeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae huius constitutionis serie continentur.

Con questa Novella si stabilì che gli ascendenti non potessero preterire o diseredare i discendenti e viceversa, senza addurre un motivo di diseredazione tassativamente stabilito dalla legge. Donde si vede che tanto i discendenti che gli ascendenti non solo potevano pretendere una porzione legittima, ma avevano ancora il diritto ad essere istituiti nel testamento. Quindi le principali novità furono due, cioè la istituzione di erede concessa agli ascendenti, e ad altri discendenti, p. e. come il figlio rispetto alla madre, ed in secondo luogo che la preterizione o la diseredazione non fosse permessa senza un giusto motivo (1).

**238.** Quanto alla istituzione la Novella in parola non prescrive alcuna forma; e quindi, relativamente ai *sui* ed agli emancipati, la istituzione dev'essere fatta secondo le regole del diritto antico. Relativamente agli altri discendenti ed agli ascendenti, la istituzione nel silenzio della Novella dev'esser fatta secondo le regole generali.

Per espressa dichiarazione della Nov. 115 la istituzione è valida anche quando riguardi una parte minima della eredità, ovvero quando l'erede sia istituito in una *res certa.*

N. 115, cap. V - Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a

(1) Anche nel diritto antico la diseredazione doveva essere poggiata sopra un giusto motivo; però la valutazione di essa era lasciata all'arbitrio del Tribunale Decemvirale, L. 7, pr., *de bonis damnator.* (48, 20); L. 11-19-33, § 1, C. *de inoff. test.* (3, 28); L. 18, *eod.* - *Quum te pietatis religionem non violasse, sed mariti coniugium, quod fueras sortita, distrahere noluisse, ac propterea offensum atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsum esse dicas, inofficiosi testamenti querelam inferre non vetaberis.*

parentibus et liberis iniuriam praeteritionis exheredationis auferre.

Però è da osservare:

1°) Se la istituzione di erede è fatta *pro forma* senza che nulla sia lasciato all'erede istituito, come p. e. se il testatore dopo avere istituito altri eredi con attribuzioni di parti avesse con ciò esaurito tutto il suo patrimonio, e dopo ciò istituito l'erede necessario con la formola: *ex reliqua parte heres esto*, la istituzione sarebbe considerata di nessun momento.

L. 17, § 3, *de hered. inst.* (28, 5) - Sed si, asse expleto, alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet; aliter atque si ita scripsisset expleto asse: *ex reliqua parte heres esto*, quoniam quum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.

2°) Se la istituzione è fatta sotto la forma di sostituzione volgare, non si può per regola generale ammettere (1) ch'essa debba valere assolutamente come una istituzione sotto condizione, ma bisogna fare una distinzione. Se la condizione riguarda un *heres suus* o emancipato secondo le regole generali innanzi accennate vale la regola: *eum casum a quo filius praeteritus sit, non valere*, e quindi tale erede necessario varrà come istituito puramente e semplicemente. Se poi la sostituzione riguarda altri che non hanno il diritto di essere istituiti, come i *sui* e gli emancipati, allora essa sostituzione varrà come una istituzione *sub conditione*.

3°) Non sono concordi gli scrittori quanto alla istituzione sotto condizione. Relativamente agli eredi *sui* ed emancipati, non è dubbio che si debba attendere alle regole del diritto antico. Quanto agli altri discendenti ed agli ascendenti, se la condizione è potestativa, non è neppur dubbio che debba ritenersi come validamente apposta; se poi è casuale o anche mista, è controverso se debba essere considerata come non messa, ovvero annulli la disposizione.

In generale per questo secondo effetto (2) non vi è ragione sufficiente. Essa dovrebbe essere considerata come non apposta; e quindi la istituzione rimane pura e semplice.

**289.** Per quanto riguarda la preterizione, o la diseredazione, era stretto dovere del testatore di aggiungere dei motivi determinati, senza dei quali il testamento era attaccabile dalla querela stabilita da questa Novella.

Gli ascendenti potevano preterire o diseredare i discendenti per diciotto motivi i quali possono in generale essere classificati in tre classi:

1° Per offese dirette perpetrate verso la persona dei genitori o ascendenti.

2° Offese indirette per azioni poco rispettose verso gli ascendenti.

3° Offese indirette per indegnità commesse dalla propria personalità, in quanto cioè tali azioni disonorino i genitori.

La enumerazione di questi motivi si trova così determinata nella

Nov. 115, cap. III - Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus. — § 1 - Si quis parentibus suis manus intulerit. — § 2 - Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. — § 3 - Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam. — § 4 - Si cum maleficis ut maleficus versatur. — § 5 - Vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. — § 6 - Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit. — § 7 - Si delator contra parentes filius exstiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. — § 8 - Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi... vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere... in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen..... ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. — § 9 - Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuit parentes suos condere testamentum. — § 10 - Si praeter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos sese filius sociaverit, et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint. — § 11 - Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae, vel nepti maritum dare, et dotem secundum substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad XXV annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consenso parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari... — § 12 - Si quis de... parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his... obsequim ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate... — § 13 - Si unum de... parentibus in captivitate detineri contigerit, et eius liberi, sive omnes, sive unus non festinaverint eum redimere... — § 14 - Si quis de... parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei, nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua omnes beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant... licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

Poichè questi motivi sono stati tassativamente stabiliti dalla legge; e poichè Giustiniano stesso dichiarò, come si è veduto: *ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege in ingratitudinis causa opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur*, si deduce che i casi riportati sono di stretta interpretazione e quindi non è ammessa analogia (3). È però da avvertire questo che molti casi sono esposti in modo vago come p. e. il secondo motivo; e perciò tutti quei fatti che possono entrare in una di quelle categorie generalmente espresse possono essere a norma della Nov. 115 motivi validi di diseredazione.

È controverso, se un motivo di diseredazione stabilito nei rapporti di un ascendente verso un discendente possa valere nel rapporto di un altro: se p. e. la madre disereda un figlio per il motivo che abbia offeso il padre, è questo un valido motivo di diseredazione? La risposta dev'essere negativa, perchè secondo lo spirito e la parola della legge l'offesa dev'essere personale (4).

Il testatore non può stabilire quel motivo di diseredazione che contempla un'offesa già da lui perdonata, perchè i motivi di diseredazione devono essere esistenti al tempo della fazione del testamento. È però controverso se possa valere come motivo di diseredazione quello il quale, pure esistente, viene annullato a causa del perdono alla morte del testatore.

Generalmente si è accettata la opinione che in questo caso il motivo di diseredazione rimane, e quindi il testamento non può essere considerato in contraddizione delle prescrizioni della Nov. 115.

La diseredazione o la preterizione è validamente fatta, quando al tempo del testamento era esistente il motivo legale; e perciò una disposizione testamentaria non

(1) Mühlenbruch, XXXVII, pag. 19.

(2) Vedi Franke, § 285. Sintenis, III, pag. 618.

(3) Glück, VII, pag. 148, ss. Mühlenbruch, XXXVII, pag. 176.

(4) Mühlenbruch, XXXVII, pag. 171, ss. Vangerow, II, § 484. Confr. Pufendorf, *Obs. iur. univ.*, II, obs. VI.

può essere annullata *nuda voluntate*, ma bisogna rifare il testamento. E ciò a norma della legge 23 pr. *de liber. et postum.* (28, 2).

Filio, quem pater, post emancipationem a se factam, iterum arrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi... (1).

Altri al contrario credono che, avvenuta la remissione dell'offesa, quella non può valere più come motivo di diseredazione (2).

Per una disposizione speciale di Giustiniano la prova della verità del fatto costituente il motivo è sopportata dall'erede istituito.

I motivi, per cui il discendente può diseredare l'ascendente, sono otto che si possono classificare anche in tre categorie.

1) Diretta violazione degli obblighi verso i figli.
2) Offese indirette del figlio per dirette offese verso un altro genitore.
3) Azione indegna della propria personalità.

Questi motivi sono enumerati nel seguente modo:

Nov. 115, cap. 4 - Justum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus. — § 1 - Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. — § 2 - Si venenis, aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. — § 3 - Si pater nurui suae aut concubinae filii sui se se miscuerit. — § 4 - Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus in quibus habent testandi licentiam; omnibus videlicet in huiusmodi testamentorum prohibitione servandis, quae in parentum persona distinximus. — § 5 - Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari, tale quidem, utpote publicum crimen constitutum, secundum leges examinari, et vindictam legitimam promereri decernimus, liberis autem esse licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere quae tale scelus noscitur commisisse. — § 6 - Si liberis vel uno ex his in furore constituto, parentes eos curare neglexerint, omnia et hic observari praecipimus, quae de parentibus furiosis superius disposuimus. — § 7 - His casibus etiam cladem captivitatis adjungimus, in qua si liberos detineri et per parentum contemtum vel negligentiam non redemtos ab hac luce transire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates perveniant liberorum, de quibus filii testari potuerant, sed omnia in hoc quoque capitulo serventur, quae et de parentibus vel cognatis atque agnatis, qui ab intestato ad talium personarum iura vocantur, aut de extraneis scriptis heredibus supra censuimus. — § 8 - Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem, vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.

Anche relativamente a queste cause valgano le medesime considerazioni fatte per le altre innanzi enumerate.

**240.** Relativamente alla forma della diseredazione non si è concordi tra gli scrittori, come si vedrà particolarmente nel § seguente; secondo noi la diseredazione della N. 115, per i *sui* e per gli emancipati è rimasta secondo le determinazioni dell' antico diritto. Di guisa che da questa parte e per quelle persone non vi è stata novità alcuna nella Novella.

Questa novella costituzione non prescrive alcuna forma di diseredazione; ma permette anche la preterizione degli eredi necessarii quando è aggiunta per giustificarla un motivo legittimo.

Il concetto fondamentale della nuova dottrina è questo: che dove prima fosse possibile una preterizione, è bastevole ora l'apporre un motivo di diseredazione, senza bisogno di adoperare le regole stabilite per la vera e propria *exheredatio*.

Per i quali principii si è domandato, se messo il motivo della diseredazione sia possibile l'esclusione di un erede necessario sotto condizione. Se la condizione è aggiunta all'esclusione dell'erede necessario essa è valida; se il motivo di esclusione è messo condizionatamente la esclusione è nulla; perocchè da tutto il contesto della Nov. 115 si rileva che per essere valida una esclusione bisogna che il motivo sia certo ed esistente già al tempo della fazione del testamento. Un motivo determinato nel futuro con l'eventualità di presentarsi o no, non giustifica la esclusione (3).

### § 65. — *Relazione del diritto necessario della Nov. 115 col diritto anteriore.*

241. Termine della questione sulla relazione della Nov. 115 col diritto antico. — 242. Sistema di derogazione; sistema di correzione; sistema misto. — 243. Modo di vedere delle diverse scuole dei Glossatori in poi. — 244. Critica dei diversi sistemi e nostra opinione. — 245. Riassunto del contenuto della Nov. 115 in rapporto al diritto anteriore.

**241.** Fin dove si estenda la riforma della Nov. 115, e se comprenda tutto intero il diritto della successione necessaria o ne modifichi una parte, è un antica e lunga controversia, cominciata dai Glossatori e non ancora risoluta, nè crediamo possa essere risoluta mai, e che un giorno gl'interpreti possano trovarsi d'accordo, perchè, a mio modo di vedere, la Nov. 115, nel modo come è redatta, offre ed offrirà sempre argomenti per tutte le opinioni.

I sistemi escogitati per risolvere in un modo o nell'altro la quistione sono diversi ma tutti si possono ridurre a due.

**242.** Alcuni ritengono che la successione della Nov. 115 abbia derogato a tutto l'antico diritto successorio necessario o almeno in gran parte; in guisa che la successione dei *sui* e degli emancipati, almeno per ciò che riguarda la diseredazione, sia stata completamente modificata ed equiparata a quella di tutti gli altri discendenti; la successione loro sarebbe stata assorbita dalla Nov. 115. Quindi non è a far parola degli antichi mezzi, come la *querela nullitatis*, o la *bonorum possessio contra tabulas*, ma deve il preterito contro le prescrizioni della Nov. 115 far ricorso al mezzo conceduto dalla Novella che sarebbe in qualunque modo chiamato *remedium ex Novella 115*.

Questo sistema sostenuto principalmented al Franke

(1) Vedi Zuesius, *Com. ad Pand. tit. de lib. et postumis*, n. 19. Stryk, *De caut. test.*, cap. 24, § 73. Pufendorf, *Observat. iur. univ.*, II, obs. 8. Mühlenbruch *in Glück*, XXXVII, pag. 186, not. 68. Vangerow, § 488, not. 2.

(2) Bachovius, *Ad Treutlerum*, I, p. 1, diss. XIII. T. H., 9. Voet, *Ad Pandect. de inofficioso testamento*, § 31. Fachinaeus, *Controv. iuris.*, lib. VI, cap. 79. Finestres, *Praelect.* Carvar., *Ad tit. pand. de lib. et postum.*, P. IV, cap. V, § 11. Huber, *Praelect. ad Dig. eod. tit.* § 4, e tra i moderni. Franke, § 415.

(3) Vedi Vangerow, § 485. Vedi contr. Mühlenbruch, XXXVII, pag. 232 e ss.

e dal Bluntschli è chiamato sistema di derogazione, ovvero sistema di esclusione secondo Bluntschli, o addizionale secondo il Puchta. Altri sostengono che la Nov. 115 non abbia rifatto interamente il diritto successorio necessario, ma abbia modificato solamente alcuni punti e precisamente dato agli ascendenti il diritto ad essere istituiti, e proibito che vi possa essere una diseredazione o una preterizione tanto per gli ascendenti che per i discendenti senza giustificarla con uno dei motivi determinati dalla legge, senza peraltro in nulla derogare alle forme antiche, nè rispetto alla istituzione, nè in riguardo alla diseredazione di coloro i quali dovevano, sia per diritto civile, sia per diritto pretorio, essere diseredati. Diguisachè, se uno di questi eredi non fosse stato debitamente istituito, o semplicemente dimenticato, vi sarebbe luogo, anche dopo la Nov. 115, all'antica *querela nullitatis* e alla *bonorum possessio contra tabulas*. Questo sistema è chiamato di *correzione* o di diseredazione (1) ovvero sistema addizionale (2).

Tra gli scrittori che seguono il primo sistema, si nota una certa oscillazione. In effetto il Mühlenbruch segue il così detto sistema di correzione, in quantochè ammette inalterate anche dopo la Nov. 115 le antiche prescrizioni sulla istituzione e sulla diseredazione dei *sui* e degli emancipati; ed appartiene al sistema opposto (di derogazione) relativamente ai mezzi giudiziarii, in caso si sia contravvenuto anche alle antiche prescrizioni circa la istituzione o la diseredazione, perchè in tal caso si concederebbe il *remedium ex Novella 115* (3).

Dall'altra parte il Puchta appartiene al così detto sistema di correzione, ma lo applica in un modo esagerato; quantochè crede che le prescrizioni antiche sulla istituzione e diseredazione dei *sui* e degli emancipati siano state da questa Novella estese anche agli ascendenti e a tutti i discendenti.

In questo punto il suo sistema si può chiamare di derogazione, ma in un modo tutto affatto opposto a quello del Bluntschli e del Franke. Relativamente poi ai mezzi giudiziali in caso di contravvenzione alla Novella si concederebbe non altro che il *remedium ex Novella 115*.

**243.** La controversia, come dicemmo, è antichissima. I moderni scrittori sunnominati han dato ad essa una forma più precisa, hanno potuto dare un nome più o meno opportuno, ma in fondo essi non hanno che riprodotto sott'altra forma una vecchia questione.

Chi volesse portare uno sguardo impregiudicato sulle diverse tendenze degli scrittori sull'argomento, scorgerà di leggieri che il bisogno di una soluzione più semplice e che offra minori difficoltà alla pratica ha fatto decidere moltissimi per il sistema così detto di derogazione.

Lo stesso Arndts nella incertezza della soluzione si pronunzia per il sistema di derogazione perchè lo trova più pratico. Non si può dubitare, egli dice, a quale delle due teorie debbasi ora la preferenza. La seconda (sistema di derogazione) assicura risultati semplici, ed in sostanza soddisfacenti, rimuove differenze, che ai tempi di Giustiniano non aveano più ragione di essere, scioglie una quantità di sviluppi difficili, e risponde così ai bisogni pratici di un tempo, in cui un sistema giuridico intricato ed oscuro dovea essere come una pietra di scandalo, anche per i più esperti Giureconsulti. La prima invece non solo lascia sussistere tutte quelle differenze contrarie allo spirito del nuovo diritto, ma moltiplica eziandio i contrasti, e dà luogo a difficoltà, che si riesce a stento a risolvere (4).

A questo proposito osserva a ragione il Baron (5), che il bisogno di un sistema più semplice e la tendenza di Giustiniano a semplicizzare sempre più il diritto, abrogando le antiche e rigorose regole, sono belle cose, ma ciò non basta a giustificare il sistema derogativo.

La questione sta molto più nel vedere, se con la Nov. 115, Giustiniano abbia voluto derogare ed abbia in effetto derogato alle antiche regole sulla istituzione e sulla diseredazione, e quindi all'antica querela *nullitatis* e alla *bonorum possessio contra tabulas*. Quando l'esame si porta sul testo della Nov. 115, senz'altra preoccupazione, nè sui bisogni della pratica, nè su quello che sarebbe potuto avvenire, se si fosse avuto veramente il concetto di unificare e semplicizzare il diritto successorio necessario, non si può con molta franchezza e con molta sicurezza trovare fondato il così detto sistema derogativo. La verità di ciò è mostrata non solo dal fatto che in tanti secoli di studii la oscillazione dei criterii interpretativi non è cessata mai, ma ancora dal vedere i fautori di quel sistema, ricorrere a considerazioni fino ad un certo punto estranee al testo della legge per trovare un fondamento più sicuro alle loro deduzioni.

Certo se si interrogano i Basilici, si è tentati come il Windscheid a trovare più fondato il sistema di derogazione (6).

Però dagli Scholii si può facilmente scorgere che in un tempo posteriore a Giustiniano si era dubbiosi sulla esattezza di quello che si chiama sistema di derogazione, che esso fosse, più che per applicazione della Novella, adottato fino ad un certo punto per maggiore facilità nella pratica (7).

Per conseguenza il così detto sistema derogativo si può dire trovarsi solo negli Scholiasti non nel testo dei Basilici (8).

I Glossatori, come tutte le altre scuole posteriori, sono stati divisi tra i due sistemi, sebbene il sistema derogativo abbia forse avuto una preferenza. Irnerio pare che abbia dato alla Novella un effetto derogativo (9) lo stesso si dica di Rogerio (10).

Però dall'altra parte Giovanni Bassiano e Azone pare che siano del sistema opposto, almeno Accursio riferisce essere il Bassiano come il Martino ed Azone per il sistema di nullità (11).

Guglielmo de Cabriano ammette che un figlio preterito abbia la scelta di esercitare contro il testamento; o la *querela inofficiosi* ovvero l'antica querela di nullità, come un *heres suus necessarius* (12).

Decisivamente Accursio sosteneva la nullità completa del testamento a causa della preterizione di un erede necessario *suus: omissa in testamento* (causa) *tunc ponitur irritum ipso iure* (13).

(1) Bluntschli, pag. 268.
(2) Puckta, *Pand.*, § 493, not. C.
(3) Mühlenbruch, XXXVII, pag. 192, ss.
(4) Arndts, *Civilist. Schriften*, II, pag. 597.
(5) Boron, *Pand.*, § 416, in fine.
(6) Windscheid, *Pand.*, § 592.
(7) Vedi Fabrotus, V, pag. 271, 277, *Scof. b. f. g.*
(8) Vedi Mühlenbruch.
(9) Vedi Mühlenbruch, r. c.
(10) Savigny, *Geschichte des röm. Rechts in Mittelalter*, IV, append. 9.
(11) Vedi Accursio, *Ad authent. collat.*, VIII, tit. XII, cap. 3, Gl., *nullum*.
(12) Vedi Savigny, loc. cit., append. 11.
(13) *Glos. in authent. ex causa cod. de lib. praeter.*

Le scuole posteriori sono state ancora più oscillanti, sebbene tra essi non si possa trovare la quistione messa nei veri termini e trattarla sempre con eguali criterii.

Cino da Pistoia e Bartolo, difendono più decisivamente il sistema di correzione, ma non tanto dichiaratamente che qualche volta non paiano appartenere anche essi ad un sistema contrario. Invece Baldo appartiene più decisivamente al sistema di correzione, poichè egli sostiene che il testamento è nullo, quando l'erede necessario è completamente preterito, sia esso *suus* o emancipato, ovvero quando è diseredato senza un giusto motivo. Egli ammette la *querela inofficiosi* quando alla diseredazione o preterizione è aggiunto un motivo legale, ma non può essere provato (1).

Bartolo da Saliceto, Raffaele Fulgosio, Paolo de Castro appartengono più o meno al sistema di derogazione, pure ammettendo qualche considerazione o applicazione del sistema opposto (2).

Alciati invece decisivamente è per il sistema di correzione: *ego*, egli dice, *Novellam Iustiniani legem non recte ab Hirnerio: se qui oribusque intellectam arbitror, et in primis non fit mihi verisimile, tot leges, imo integros titulos a Iustiniano correctos unico verbo esse* (3).

Al contrario il Duareno è decisivamente dell'opposto sistema (4).

Il Cuiaccio difende in un modo speciale il sistema di correzione: *et non poenitet*, egli dice, *me in ea opinione permanere, in qua fui semper, et fuit Petrus, et Azo et Alciatus, et Accursius etiam ipse..... eam novellam... pertinere ad querelam inofficiosi testamenti tantum, quae exheredatis competit, vel praeteritis, qui pro exheredatis habuntur, non ad querelam iniusti testamenti, quae competit filio familias praeterito, non ad querelam rupti testamenti agnatione postumi, non ad bonorum possessionem contra tabulas quae filio emancipato praeterito competit. Semper enim novellae constitutiones restrictius accipiendae sunt, non iurisprudenti convenit ex uno verbo praeteritionis, non per se posito, sed adiuncto exheredationi, ut in dicta Novella 115, tamquam ex uno fragmine fortuiti ligni statim arietem vel testudinem aedificare velle, qua oppugnetur vel expugnetur maxima pars Digestorum, non uno verbo, totum ius testamentorum civile et praetorium, multis vigiliis excogitatum et inventum, temere sublatum esse credere* (5).

Il Donello è d'opinione che tutti gli antichi mezzi per impugnare il testamento non siano stati toccati dalla N. 115, e perciò se un *suus heres* fosse dimenticato, il testamento sarebbe nullo *ipso iure*, o se fosse preterito un erede pretorio, si potrebbe esercitare la *bonorum possessio contra tabulas*; in ogni altro caso sarebbe conceduta la *querela inofficiosi*. Dall'altra parte egli ammette che tanto la nullità quanto la rescissione colpisca per conseguenza le istituzioni di eredi (6).

Altri scrittori, come il Gifanio, il Facchineo, Bacovio oscillano tra i due sistemi alle volte con la preferenza dell'uno sull'altro (7).

Il Faber porta sulla quistione una soluzione tutta propria, egli fa una distinzione tra la querela dell'antico diritto e la querela Giustinianea. La prima avrebbe luogo quando l'erede necessario provasse: *se immerentem esse exheredatum*, e in tal caso le conseguenze dell'antica querela. La querela Giustinianea invece non avrebbe per base il *color insaniae*, ma è concessa per non essersi osservate le solennità; però essa non sarebbe una vera azione di nullità, ma di rescissione, la quale annulla il testamento solo in riguardo alle istituzioni di eredi. In un'altra parte la *querela inofficiosi* dallo stesso autore è riconosciuta in due casi: primo quando vi è addotto il motivo della diseredazione, ma non può essere provato; secondo, quando l'erede necessario sia stato istituito in meno della sua porzione legittima (8).

In generale tutti i pratici han tenuto pel così detto sistema di derogazione senza però che si trovi un criterio eguale, ma si oscilla continuamente più o meno tra l'uno e l'altro sistema p. e. Gaspare Manzio (9), Brunnemann (10), Huber (11), Strykio (12), Leyser (13), Puffendorf (14), ecc.

Tra i moderni scrittori la questione ha preso un carattere più scientifico, per esser stati i termini di essa più precisamente determinati. Però non si può asserire che non vi si trovi un' oscillazione anche tra coloro che si decidono per uno dei due sistemi; di guisa che alcuni di essi, relativamente alla istituzione o diseredazione degli eredi necessari, si possono annoverare tra coloro, che seguono il sistema di correzione; relativamente ai mezzi giudiziali si possono annoverare tra i sostenitori dell'opposto sistema, p. e. il Mühlenbruch che pure sostiene quanto alla diseredazione il sistema correttivo, quanto ai mezzi l'opposto (15).

I maggiori sostenitori e più puri del sistema di derogazione oggi sono il Franke (16) ed il Bluntschli (17) seguiti dall' Arndts (18), Tewes (19), Keller (20), Brinz (21), Köppen (22), Minutillo (23), Arndts Sera-

(1) Baldus, *Ad authent. ex causa cod. de lib. praeter.*

(2) *Ad authent. ex causa cod. de lib. praeter.* Paolo, *Castrensis ad authent., N. 9.*

(3) Alciati, *Ad leg. 7 de lib. et post. N. 4* (op. omn., I, pag. 437); III, pag. 330.

(4) Duareno, *In tit. de iniust. rupt. testament.*, cap. 2.

(5) Cuiaccio, lib. V, *Responsor. Papinian. ad leg. 17 de iniust. haerupt. testament.*

(6) Donello, *Comm. iur. civ.*, lib. VI, cap. 13-14. Vedi anche Hillinger, *Donell. enucleat.*, lib. VI, cap. 13-12, notata.

(7) Gifanio, *Explanat. Difficilior. et celebrior. legum cod.*, P. II, pag. 70, ss., *Ad Authen. non licet e Authen. ex causa cod. de lib. praeter.* Facchineus, *Controvers. iur.*, lib. IV, cap. 9-14. Bacovio, *Ad pr. Inst. de inoff. test.*, n. 3, ss.

(8) Faber, *De Error. Pragmat.*, Dec. XIV, error. VII, Dec. XXXIX, error. V.

(9) *De test. valido et invalido*, tit. IX, qu. 8, n. 6, ss.

(10) *Comment. ad Auth. ex causa cod. de lib. praeter.*

(11) *Praelect. ad inst. tit. de liber. exher.*, §§ 2-13-14. *Praelect. ad pand. tit. de liber. et post.*, §§ 5 a 9.

(12) *In usu mod. Pandectar.*, lib. V, tit. II, § 7 e 8; *Cautel. testamentor.*, cap. XIX, § 47.

(13) *Meditat. ad Pand.*, sp. 361, med. 18.

(14) *Observat. iur. univ.*, tit. IV, obser. 76, § 7. Vedi la rassegna di altri scrittori in Bluntschli, op. cit., pag. 270, ss. Mühlenbruch, XXXVII, pag. 295, ss.

(15) Vedi Heimberger, *Diritto romano puro*, § 329. Mühlenbruch, *Dottrina Pandect.* Thibaut, *Syst.*, § 819. Wening, § 158. Ganz, *Scholien zum Gaius*, pag. 294.

(16) Op. cit.

(17) Op. cit.

(18) *Civil. Schr.*, II, pag. 597.

(19) Op. cit., II, § 138.

(20) *Pand.*, § 521.

(21) *Pand.*, pag. 743.

(22) *Erbr.*, I, pag. 151.

(23) Op. cit., pag. 61, ss.

fino (1). Dall'altra parte sostengono decisivamente il sistema così detto di correzione Schmidt (2), Vangerow (3), Mayer (4) a cui accedono Baron (5) e Vering (6).

**244.** Tra i due sistemi certo il più attraente e più pratico è il così detto sistema di derogazione, onde il maggior favore avuto tra gli scrittori dei nostri giorni. Ma che esso risulti evidente dalla N. 115 non pare così certo come qualcuno crede. Gli argomenti che sostengono quella dottrina si possono ridurre a tre:

1. Il testo del cap. 3 e 4 della N. 115.
2. Lo spirito della N. medesima.
3. L'analogia di questa N. con l'altra segnata al N. 118.

Quanto al primo punto si dice, che il legislatore proibiva in un modo generale e senza alcuna distinzione la diseredazione e la preterizione dei figli e dei genitori, ed in caso di trasgressione a questa disposizione annullava il testamento solo quanto alle istituzioni. Per conseguenza si aggiunge, la Novella in disamina comprende e fonde insieme tutto il diritto necessario antico, epperciò il diritto dei *sui*, degli emancipati e della *querela inofficiosi testamenti*. Secondo quest'affermazione il diritto antico sarebbe stato del tutto abrogato; l'antica diseredazione avrebbe perduta tutta la sua importanza formale, e quindi tra preterizione e diseredazione non vi sarebbe alcuna distinzione; di guisa che, se un figlio *suus* non è stato istituito dal padre, ma gli sieno legati i soli alimenti, aggiungendosi una causa giusta, una di quelle stabilite nella N. 115, l'intero testamento, secondo questa dottrina, sarebbe valido in ogni sua parte, purchè l'erede istituito abbia provato il motivo di esclusione addotto nel testamento. Se tal motivo non si possa provare, allora il testamento sarebbe nullo solo quanto alle istituzioni.

Mentre secondo il dritto prima della N. 115 il testamento per mancanza d'istituzione o debita diseredazione del *suus* sarebbe in ogni caso nullo. Lo stesso si dica, se invece del *suus* fosse un emancipato; perchè in tale caso, purchè si fosse addotta una causa legittima di preterizione, e questa si potesse provare, il testamento sarebbe valido e l'emancipato non potrebbe più far ricorso alla *bonorum possessio contra tabulas*. Questa secondo il sistema di derogazione sarebbe la principale e maggiore differenza tra l'antico dritto necessario e quello stabilito dalla N. 115.

Quanto alla diseredazione, la sola novità introdotta sarebbe il motivo stabilito dalla legge per giustificarlo; se questo manca, il testamento secondo la N. 115 sarebbe nullo quanto alle istituzioni; mentre nel diritto antico il testamento era valido e si poteva solo impugnare con un'azione di rescissione, *querela inofficiosi testamenti*, se fosse riuscito al diseredato di provare la buona condotta verso il testatore. — Quanto ai postumi i sostenitori di questo sistema credono che ci possa essere una continuazione del diritto antico. Imperocchè non si può immaginare per essi alcuna preterizione o diseredazione secondo la Novella, non avendola potuta meritare. Ma se il testatore avesse tentato di farlo, il testamento è sempre nullo fino alla istituzione di erede. Se questo tentativo non c'è il testamento sarebbe rotto per il principio antico: *agnatione postumi testamentum rumpitur* (7).

Gli stessi principii naturalmente varrebbero, se la preterizione o la diseredazione riguardi quei discendenti i quali, prima della N. 115, non avevano diritto alla istituzione o alla debita diseredazione, come i figli rispetto alla madre o i nipoti, figli della figlia.

La sola differenza tra l'antico dritto ed il nuovo ch'esisterebbe ancora dopo la N. 115, sarebbe relativamente ai germani di cui la Novella non parla in nessun modo, e quindi rimarrebbe integro a questo riguardo il diritto antico.

Questo sistema sarebbe rafforzato da tali considerazioni. Giustiniano, già anteriormente alla Nov., avrebbe in gran parte tolta la differenza esistente prima tra i discendenti del ramo maschile agnati veri o finti (*sui et emancipati*) e i discendenti cognati, perchè la L. 30, C. *de inoff. test.* (3, 28), avrebbe negato la *querela nullitatis* e la *bonorum possessio contra tabulas*, quando il padre abbia lasciato qualche cosa ad essi anche a titolo di legato.

L'argomento che sarebbe poi più efficace in sostegno di questo sistema è lo spirito della Novella stessa, imperocchè, avendo riguardo al tempo in cui fu scritta essa Novella in parola, non è possibile che Giustiniano abbia voluto mantenere uno stato di diritto in gran parte mutato prima della Novella medesima. Si darebbe una importanza alla patria potestà, che in quel tempo parrebbe un vero anacronismo. Il trattare quanto alla istituzione o alla diseredazione i figli relativamente al padre, e diversamente rispetto alla madre è una vera ingiustizia, quando la equiparazione di tutti i discendenti era di fatto, se non di diritto, già avvenuta. A questo si aggiunga che la N. 115 ha fatto relativamente alla successione necessaria quello che poco più tardi fece la N. 118 per la successione intestata.

I sostenitori di questo sistema ammettono che il diritto antico si sia mantenuto relativamente alla istituzione degli eredi, la quale dovrebbe essere fatta con le norme antiche, perciò che di essa la Novella in parola non fa alcun motto.

Questo sistema sebbene così precisamente ricostruito non crediamo emerga dalla Novella.

In effetto tutto l'edificio poggia unicamente sopra una sola parola: per avere Giustiniano messo la preterizione e la diseredazione senza alcuna distinzione. Ed ha ragione il Cuiaccio quando afferma che: *ex uno fragmine fortuiti ligni statim arietem vel testudinem aedificare velle, qua oppugnetur maxima pars digestorum.*

Dal solo fatto che nella Novella in parola si trovi la proibizione di preterire e di diseredare senza giusto motivo tutti i discendenti, non si può rilevare che tra questi due modi di esclusione non si sia fatto dal legislatore alcuna differenza, si da argomentare poi, che se un figlio fosse stato non istituito ed avesse ricevuto qualche cosa in legato, aggiuntavi una giusta causa di esclusione, il testamento debba essere considerato valido. A questo scopo sarebbe stato sufficiente mettere semplicemente il vocabolo preterizione, come Giustiniano si espresse nel cap. 4° della Novella medesima.

Le parole *praeteritio exheredatio* devono essere prese nel significato loro giuridico, altrimenti la parola *exhe-*

(1) Pag. 598. Vedi anche Casarini, confr. fra la N. 115 e l'*Auth. ex causa de lib. praeter.* (Irnerio, IV, n. 122).

(2) *Noth. Erb.*, pag. 182.

(3) *Pand.*, § 482.

(4) *Erbr.*, I, pag. 262.

(5) *Pand.*, § 416.

(6) Op. cit., pag. 424, ss.

(7) Con tutto ciò il Bluntschli crede che anche in questo caso debba valere la novella in parola.

*redatio* non avrebbe in questo luogo nessun significato. Quando la preterizione non è *per se posita*, come dice Cuiaccio, ma è aggiunta alla diseredazione, è evidente che il legislatore volle parlare di questi due atti secondo il loro carattere giuridico che avevano per le antiche leggi. Ed in effetto vi era bisogno dell'una e dell'altra parola. Imperocchè, avendo Giustiniano esteso il diritto necessario a tutti i discendenti, volle distinguere quelli verso i quali il testatore poteva procedere alla esclusione per mezzo della sola preterizione, e quelli che il testatore non poteva escludere, se non con la debita diseredazione.

Per provare l'eguaglianza completa tra tutti questi discendenti e dare il medesimo carattere alla preterizione e alla diseredazione, conveniva dimostrare che prima della Novella relativamente al diritto necessario tutti i discendenti, siano agnati che cognati, fossero stati equiparati. Ma ciò non s'è potuto mai dimostrare.

L'ultima manifestazione legislativa a questo riguardo è la L. 4, C. *de lib. praeter.* (6, 28), la quale, dopo aver notato lo sconcio pel diritto antico di considerare la figlia e i nipoti nati per linea maschile diversamente che i *sui* e gli emancipati, così si esprime al § 1°:

Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares et faeminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes nominatim procedere, et contra tabulas honorum possessionem talem habere, qualem filius suus, vel emancipatus, ut et ipsa si fuerint, praeterita, ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur. Et haec non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus et deinceps observari censemus, si tamen ex masculis progeniti sunt.

In questo testo due cose sono degne di osservazione. La prima è che la estensione maggiore del diritto di successione necessaria come quella dei figli *sui* o emancipati, fu portata semplicemente alla figlia del testatore e ai nipoti discendenti per linea maschile, rimanendo escluso il figlio rispetto alla madre e i nipoti discendenti per linea femminile; e in secondo luogo, che Giustiniano espressamente ricorda che se il testatore volesse allontanare questi eredi dalla eredità bisognava li diseredasse *nominatim*.

Ora, in quale momento è avvenuta la equiparazione di questi discendenti con gli altri non contemplati nella legge surriferita, e quindi tolta la importanza della diseredazione in guisa che tutti potessero essere diseredati *inter ceteros?* I sostenitori dell'opposta opinione non possono trovarla in nessun'altra manifestazione legislativa. Volere ricavare una così importante riforma a breve distanza dalla legge ora citata dal solo fatto che le due parole preterizione e diseredazione sono messe una a canto all'altra nella N. 115, è sommamente arbitrario. Nelle parole: *non licere... praeterire aut exheredes in suo facere testamento* non c'è il benchè minimo accenno di tale modificazione.

In una riforma di questa importanza è impossibile, che il legislatore non avesse dato un segno solo, una espressione anche imperfetta, della riforma che voleva intraprendere, una riforma molto più importante e più vasta di quella apportata nella L. 4, *de lib. praeter.*, citata. Imperocchè, mentre in questa si trattò di estendere la successione necessaria nell'antico rigore alla figlia e ai discendenti di linea maschile; nella Novella invece si dovea trattare nientemeno dell'abolizione di questa stessa prescrizione a tutti i *sui* emancipati, ed eguagliare la condizione di questi eredi necessarii a quella di coloro che potevano essere diseredati *inter ceteros*.

Come tutto ciò si veda nella disposizione dalle sole parole *praeterire aut exheredes facere*, non si sa comprendere senza un preconcetto. Per lo meno, la parola *exheredes* avrebbe dovuto avere un significato vacuo per le condizioni del diritto anteriore alla Novella, ed essere un anacronismo, per dedurre che quella parola abbia il medesimo significato di preterire. Ma nelle condizioni del diritto esistente al tempo in cui fu pubblicata la Novella, le parole *exheredare* e *praeterire* aveano un valore tecnico, quantochè alcuni discendenti come i *sui* gli emancipati, la figlia, i nipoti discendenti da sesso maschile dovevano essere *nominatim* diseredati, e i figli rispetto alla madre, e i discendenti nipoti per sesso femminile potevano essere solamente preteriti. Che cosa si oppone adunque all'idea che Giustiniano abbia usato queste due parole nel significato tecnico che esse avevano al tempo in cui egli scriveva la legge?

Si è fatto ricorso dai sostenitori del sistema contrario alla L. 30, *de inoff. test.* (3, 28), secondo la quale Giustiniano avrebbe fatto un passo decisivo a togliere ogni importanza alla diseredazione, e quindi la grande differenza tra i discendenti, stabilendo che, se un padre di famiglia avesse lasciato ad un figlio suo o emancipato un legato, il testamento non sarebbe nullo a causa della preterizione di esso, ma avrebbe costui diritto al complemento della porzione legittima; e solo allora si avrebbe la nullità del testamento quando essi fossero totalmente esclusi.

La L. 30 nel suo principio così si esprime:

Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat; ut sive adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine, vel mora exigere, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, quum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de iis personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint.

Tutta la forza dell'argomentazione dei sostenitori dell'avverso sistema (1) sta nella parola *vel alio modo subvertendis moveri solebat actio*, per le quali essi intendono qualunque altra azione per impugnare il testamento, e quindi la querela *nullitatis* e la *bonorum possessio contra tabulas*.

Indipendentemente dall'interpretazione della L. 30, C. citata, si è giustamente osservato (2) che, data quell'interpretazione alla L. 30 citata, è inesplicabile come Giustiniano nella L. 30 riportata avesse tolta qualunque importanza alla diseredazione, avesse eguagliata la condizione di tutti i discendenti, e poi più tardi, nel 531,

(1) Vedi Franke, pag. 362, op. cit.

(2) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XXXVII, pag. 204, ss.

si fosse dimenticato nella L. 4, C. *de lib. praeter.* di essa legge, non solo mantenendo la differenza tra i discendenti, salvo per la figlia e per i nipoti discendenti da sesso maschile, ma ancora volendo che gli antichi *sui* od emancipati fossero *innominatim* diseredati, mantenendo così tutta l'antica importanza alla *exheredatio*.

Lo stesso legislatore poi con la N. 115 si sarebbe un'altra volta ricordato della costituzione 30 dell'anno 528 per tenere in non cale la costituzione 4 C. del 531!

Il processo sostenuto dagli avversari è così strano da non potersi attribuire a Giustiniano, tanto più in quanto non vi è sillaba che accenni a questo *ibis et redibis*.

È vero che, non sempre, nelle modificazioni legislative, Giustiniano abbia anticipatamente annunziate in un proemio o nella stessa legge le modificazioni, che voleva apportare; ma ciò è inconcepibile quando si tratta di una modificazione tanto vasta ed importante, e di una abrogazione di una legge da lui stesso sanzionata. Tanto più ciò è inconcepibile quantochè Giustiniano stesso ricorda le forme dell'antica istituzione o diseredazione.

Per la qual cosa, ad evitare tali incoerenze, bisogna dare a quella Legge una interpretazione diversa di quella data dal Franke.

Se le parole: *vel alio modo subvertendis* possono essere attribuite ad altre azioni o ad altri fatti, è regola di sana interpretazione ch' esse debbano essere prese nel senso che meno contraddicano ad uno stato di diritto riconosciuto. In effetto, la *querela nullitatis*, come riconosce lo stesso Franke, è una semplice *hereditatis petitio intestati;* perciò il legislatore non poteva in quelle parole attendere ad un'azione tendente a rescindere un testamento, mentre il testamento è nullo *ipso iure*.

Quelle parole medesime possono riferirsi al caso, in cui il patrono manomettente o il padre può pretendere, che il manomesso gli lasci una determinata parte del patrimonio come porzione legittima, essendo a tale scopo concessa una modificata *bonorum possessio contra tabulas*, come risulta da qualche testo delle istituzioni e del Codice (1).

Cosicchè il senso della L. 30 sarebbe il seguente: quelle persone, che secondo il diritto antico potevano impugnare il testamento con la querela *inofficiosi* o con la *bonorum possessio extraordinaria*, possono ora adoperare solo l'*actio ad supplendam legitimam*, quando ad essi (patrono o padre) fosse stata lasciata una qualche cosa. Da ciò non segue che debbano cadere anche la *querela nullitatis* del *suus* e la *bonorum possessio contra tabulas* dell' emancipato, ciò di cui non v'è traccia in quella legge (2).

La differenza tra la dizione del cap. 3° e cap. 4° della Novella ribadisce la opinione che sosteniamo. Nel cap. 3°, essendovi contemplate persone che dovevano essere istituite o debitamente diseredate, il legislatore ha dovuto ricordare la doppia forma della esclusione nelle parole *sancimus non licere penitus patri vel matri... filium vel filiam... praeterire, aut exheredes... facere.* Mentre al principio del cap. 4°, parlando della esclusione degli ascendenti per i quali non vi era la *exheredatio rite*, il legislatore fa menzione della semplice preterizione nelle parole: *sancimus non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis... eos omnino alienare.*

Nè ha gran valore la osservazione, che vien fatta a questa così legittima deduzione dai sostenitori del sistema correttivo, che non si sia cioè data importanza dai fautori del sistema, che appoggiamo, alle parole: *aut quolibet modo a rebus propriis..... eos omnino alienare;* ricavandosi da esse: volere il legislatore accennare proprio alla diseredazione; e che la intenzione sua sarebbe questa: che non fosse permesso agli ascendenti e ai discendenti di potersi escludere in ogni modo a vicenda dalla successione. In questo ogni modo vi sarebbe incluso anche la diseredazione. D'altronde, se per i figli si fa menzione di preterizione e di diseredazione insieme, ciò accade appunto perchè anticamente le due forme erano diverse (3).

Dicevamo non avere quest' argomento una grande importanza; ed in effetto ci sarebbe innanzi tutto da dubitare, perchè il legislatore, mentre voleva dare la medesima importanza alla preterizione ed alla diseredazione, non abbia usato un medesimo modo di esprimersi in entrambi i casi? È molto naturale la considerazione, che nel secondo caso, nel determinare cioè il concetto che gli ascendenti non devono essere interamente esclusi ne' testamenti dei discendenti, abbia voluto pensatamente evitare una parola (*exheredare*) la quale poteva essere intesa nel significato tecnico in un caso in cui essa non andava a proposito. Il dire poi che nel caso del cap. 3 si è dovuto esprimere in quella guisa, perchè nel diritto antico le due forme erano diverse, mentre ora sono la stessa ed identica cosa, ci pare che sia un argomento che prova il contrario di quel che si vuol dimostrare. Perocchè appunto per questo che quei vocaboli sono riferibili alla differenza delle forme, e per la differenza delle persone, essi devono essere presi nel loro significato proprio. Messo uno accanto all'altro senz'altro accenno, il legislatore avrebbe scelto un modo molto improprio per significare che siano la medesima cosa.

Infine l'argomento preso dal cap. 5°, dove è detto: *sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre* non ha molto valore. Con questa dichiarazione, secondo i sostenitori dell'avverso sistema, si accennerebbe indistintamente alla parola diseredazione rispetto ai figli e ai genitori, il che dimostrerebbe quanto la parola diseredazione abbia perduto il suo significato (4).

Innanzi tutto osserviamo che quella dichiarazione è generale, riflettente il diritto vicendevole dei figli rispetto ai genitori, e stabilisce il vero scopo del legislatore, che era quello di assicurare nel miglior modo possibile il diritto successorio dei parenti. Ed è naturale che, attribuendosi questo scopo per tutti, abbia cumulativamente parlato di preterizione e di diseredazione, perchè cumulativamente si parla di persone che potevano essere preterite o che potevano essere diseredate. Ed a ragione in questo punto osserva il Mühlenbruch (5) che nessuno pensi che in questo caso la parola *exheredatio* si riferisca a tutti i discendenti e la *praeteritio* agli ascendenti; ma ognuno si domanda, se queste due parole non abbiano il significato di una diversità

(1) § 3, *Inst. de succ. libert.* (3, 8). L. 4, § 11, C. *de bon. libert.* (7, 4).

(2) Vangerow, *Pand.*, § 486, not. *A*. Mühlenbruch, XXXVII, pag. 103, 203, ss.

(3) Franke, op. cit., pag. 358. Mühlenbruch, op. cit., pag. 77.

(4) Franke, pag. 360.

(5) *In Glück*, XXXVII.

giuridica nelle forme di esclusione. Che a tale domanda si possa rispondere negativamente da quella dichiarazione, non è possibile, non esistendovi alcuno accenno per questa conclusione. Altrimenti non si saprebbe, perchè in tal caso ricorrerebbe questa parola *exheredatio*, quando non dovrebbe avere significato alcuno. Forse era più opportuno che il legislatore in questo punto si fosse espresso con la forma generica adoperata nel cap. 4°: *a rebus propriis... eos omnino alienare*.

L'analogia che si vorrebbe trovare tra la Nov. 115 e la Nov. 118 non esiste punto. Certo, astrattamente considerato, secondo lo svolgimento avvenuto nel diritto romano questo punto dell'eredità necessaria avrebbe meritato una riforma radicale e completa con la fusione di tutto il diritto antico come avvenne di poi nella successione intestata con la Nov. 118.

Ed è stato questo concetto, e la ripugnanza di vedere tutto il resto del diritto fuso in uno, e rimanere solo il diritto della successione necessaria confuso tra l'antico ed il nuovo, che ha spinto molti scrittori, e precisamente i moderni, a trovar modo di rinvenire nella Nov. 115 la medesima fusione che la Nov. 118 portò nella successione intestata. Ma chi si mette dal punto di vista obbiettivo, e senza altro preconcetto vuole ricercare se dalle parole e dall'insieme della Novella questa fusione sia veramente avvenuta; per quanti sforzi faccia, non può affermare con coscienza, che una simile fusione sia stata veramente operata. Gli stessi fautori dell'avversa opinione dubitano che Giustiniano abbia avuto questa intenzione, ma affermano che la fusione dei due diritti relativamente alla successione necessaria è avvenuta incoscientemente senza che il legislatore abbia potuto darsi conto delle conseguenze delle sue disposizioni.

Quando si confrontano il modo come è redatta la Nov. 115 con quello adoperato nella Nov. 118, non si può non restare colpiti dell'immensa differenza di vedute da cui si pose il legislatore.

Nella Nov. 118 Giustiniano volle intraprendere una riforma radicale e l'annunziò con grande pompa.

Plurimas, et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iusta differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium est perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem *clara compendiosaque* divisione disponere, itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus. Quia igitur omnis generis ab intestato successionibus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium, et descendentium, et ex latere, quae in agnatos cognatosque dividitur, primam esse disposuimus descendentium successionem.

Dove mai si trova il minimo accenno di una lontana riforma di simil genere nella Nov. 115? Nè è a dire che le modificazioni che Giustiniano avrebbe introdotto in quest'ultima Novella fossero meno importanti di quelle apportate nella Nov. 118, caso fosse esaltato il sistema che combattiamo. Nè manca una dichiarazione del legislatore nella Novella che esaminiamo; perocchè egli dichiara: *sola est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre*.

Quindi oltre all'assicurare ai discendenti ed agli ascendenti una parte della loro reciproca eredità, il legislatore non ha voluto far altro.

**246.** In conclusione la N. 115 mantiene l'antico diritto nelle divisioni tra agnati e cognati, come si trovava al tempo della L. 4, C. *de praeter. lib.* innanzi riportata, sicchè si hanno queste categorie di persone.

1. Se il testatore lascia *sui* o emancipati. Se le forme dell'antico dritto sono state osservate, ossia istituiti o *nominatim* diseredati, il testamento sarà valido nel primo caso, nullo nel secondo. Nel caso vi fosse la diseredazione ma non sorretta da uno dei motivi determinati dalla Nov. 115, il testamento allora sarà nullo solo in quanto alle istituzioni.

2. Se il testatore lascia ascendenti o anche discendenti i quali non hanno dritto ad essere *nominatim* diseredati; come il figlio rispetto alla madre, i discendenti nipoti per linea femminile; vengono allora in vigore le sole prescrizioni della Nov. 115 ed il diritto alla legittima; sicchè se a ognuno di essi si è lasciato qualche cosa senza peraltro istituirne nessuno, il testamento sarà sempre valido e non si dà luogo che all'*actio ad supplendam legitimam*. Ma se sono preteriti senza giusto motivo, allora sarà nullo il testamento solo quanto alle istituzioni.

3. Se il testatore lascia solo germani, ha luogo in tal caso il diritto antico, cioè a questi si riconosce il diritto alla sola legittima e quindi alla *querela inofficiosi testamenti* o all'*actio* suppletoria, nel caso che nel testamento del germano defunto fossero stati istituite persone infami.

Dei due sistemi che più o meno si allontanano dal così detto sistema correttivo o derogativo, di quello escogitato dal Mühlenbruch parleremo nel paragrafo seguente, perocchè quest'illustre scrittore e seguace del sistema correttivo quanto all'istituzione e alla diseredazione, segue invece il sistema opposto relativamente ai mezzi giudiziali da concedersi contro il testamento.

La opinione di Puchta ha trovato decisi oppositori e con ragione. Questo eminente scrittore crede che la Nov. 115 avesse creato veramente un ritorno all'antico, quantochè avrebbe esteso le disposizioni formali dell'antico diritto riguardo alla istituzione o alla diseredazione a tutti i discendenti e a tutti gli ascendenti. Il progresso sarebbe avvenuto in un modo inverso: la L. 4, C. *de lib. praeter.* avrebbe esteso il diritto successorio formale alla figlia e ai discendenti nipoti per sesso maschile, e la N. 115 avrebbe poi applicato al resto dei discendenti e agli ascendenti questo stesso diritto formale. A combattere questo sistema varranno in generale gli argomenti addotti contro il così detto sistema derogativo, essendo quello del Puchta un sistema derogativo esagerato.

È vero che nella Nov. 115 tutti i discendenti vengono equiparati fra di loro senza alcuna distinzione; però è da osservare che l'equiparazione è relativa alle prescrizioni stabilite nella Novella, ed in secondo luogo non è esatto che sia completa; perocchè quelle due parole *praeterire aut exheredare* accennano appunto alla differenza dei discendenti.

In fondo se si dovesse tener conto dello spirito dei tempi il sistema del Puchta sarebbe veramente in contraddizione con la tendenza vera di equiparare le classi. Si potrebbe affermare che nella N. 115 tale equiparazione non sia totalmente avvenuta e che in gran parte il diritto formale antico sia rimasto, mentre era più consentaneo alla tendenza del tempo che fosse abolito. Ma che si voglia poi non solo far rimanere nel suo pieno vigore questo diritto formale, ma escluderlo a tutti coloro per cui non era richiesto nel diritto antico, è un decisivo regresso che non può essere in nessun modo giustificato.

---

### § 66. — *Mezzi nascenti dalla Novella 115.*

246. Mezzi antichi concessi anche dopo la Novella: *querela nullitatis ex iure antiquo.* — 247. *Querela nullitatis ex iure novo.* — 248. Questione su questo nuovo mezzo; sistema d'inofficiosità; sistema di nullità; sistema misto. — 249. Critica dei sistemi; qual'è il sistema da preferirsi.

**246.** I mezzi concessi agli eredi necessari anche dopo la Nov. 115 sono quasi i medesimi del diritto antico in tutte quelle parti che vi sono rimaste, secondo si espose nel paragrafo antecedente. Bisogna anzi tutto distinguere i diversi successibili e le irregolarità che si trovano nel testamento.

Se s'incorre in una irregolarità riguardante la istituzione dei *sui* e dei *liberi*, se essi non sono stati istituiti e non debitamente diseredati, il *suus* annulla completamente il testamento, e quindi gli si concede la *querela nullitatis ex iure antiquo.* Se invece tale irregolarità riguarda l'emancipato, il testamento può essere impugnato con la *querela inofficiosi testamenti.*

Essendo state osservate in tal riguardo le forme del diritto antico, ma essendovi una diseredazione senza un giusto motivo, in questo caso si è contravvenuto alla Nov. 115 e quindi si dà luogo al *remedium ex*, Nov. 115, o, come altri appellano, *querela nullitatis ex iure novo*, la quale annulla il testamento solo relativamente alle istituzioni, rimanendo inalterati i legati e le altre disposizioni.

Se vi è la istituzione, ma in meno della porzione legittima, si dà luogo all'*actio ad supplendam legitimam.*

In questo rincontro non trova posto la *querela inofficiosi testamenti*, salvo nel caso innanzi previsto che vi sia la formale istituzione, ma senza contenuto; come quando l'erede necessario è istituito nel resto, mentre si è esaurito il patrimonio con la istituzione di altri eredi.

**247.** Quanto agli altri parenti discendenti o ascendenti, se si è mancato contro di essi, non ha potuto essere secondo un diritto formale che per essi non esiste, ma si è contravvenuto alla Nov. 115, quindi se sono preteriti o istituiti in meno della porzione legittima si fa luogo alla *querela nullitatis ex iure novo*, ossia *ex* Nov. 115.

Se infine vi sono fratelli e sorelle, avendo essi diritto alla porzione legittima ne' casi già osservati, si fa luogo, in caso di contravvenzione, alla *querela inofficiosi testamenti.*

Il *remedium ex* Novella 115 riguarda solo le contravvenzioni riguardanti le determinazioni della Novella 115 circa le limitazioni osservate nel paragrafo antecedente.

Questo rimedio o querela annulla le istituzioni rimanendo intatti, come si è detto, i legati, le manomissioni testamentarie, la nomina di tutore ed anche le sostituzioni pupillari.

Nov. 115, cap. 4, § 9 - Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet, vel fideicommissis, et libertatibus, et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis, aut libertatibus, aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, earum auctores etiam alias poenas sentiant legibus definitas.

**248.** Sulla natura di questo mezzo nascente dalla Nov. 115 e sulla sua estensione gli scrittori non sono di accordo. Anche qui vi si annoverano tre sistemi; il sistema di nullità, il sistema d'inofficiosità ed il sistema misto.

Il sistema di nullità è quello che concede all'erede necessario la *querela nullitatis*, ossia in sostanza una *hereditatis petitio ab intestato.* Quest'opinione, sostenuta dal Glossatore Martino (1) fu più tardi abbandonata e ripresa novellamente in questi ultimi tempi (2), di guisa che oggi è addivenuta comune.

Il sistema d'inofficiosità consiste nella opinione, che l'azione nascente dalla Novella 115 sia una *querela inofficiosi testamenti.*

Anche questo sistema fu sostenuto dai Glossatori, Azone e Bulgaro; fu continuato dalla scuola francese col Cuiaccio, Donello e Duareno (3).

Il sistema misto distingue, se non vi esiste un motivo legale di diseredazione o preterizione, e allora vi è nullità del testamento perchè si è violato la forma, ovvero se vi è la preterizione o diseredazione con un motivo legale il quale è impugnato dall'erede necessario, e si fa luogo allora alla *querela inofficiosi testamenti.*

Questo sistema fu anche sostenuto da Accursio e seguito dai pratici quasi fino agli ultimi tempi e sostenuto ultimamente con maggior rigore dal Puchta (4).

Tra questi sistemi è da preferire certamente il sistema di nullità come quello che risponde meglio al complesso delle determinazioni contenute nella Nov. 115. Imperocchè le parole: *sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos ab intestato ex aequa parte convenire*, non possono intendersi, se non si ammette la nullità del testamento quanto alle istituzioni di eredi. E in vero, come conciliare questa precisa disposizione con gli effetti della *querela inofficiosi testamenti*, secondo la quale non si poteva ottenere che la *portio ab intestato;* e che, solo nel caso che il legittimario fosse

(1) Glossa, ad Nov. 115, cap. 3.

(2) Schneidt, *De querel. inoff. inter parent. et liber.* Gay, *Scholien Zugains*, 295. Lo stesso, *Erbrecht in weltgesch. Entv.*, II, pag. 139. Bluntschli, § 25-26. Franke, pag. 367. Mühlenbruch, XXXVII, § 245. Heumann, pag. 164. Arndts, loc. cit. Sintenis, III, § 198. Thibaut, *Syst.*, § 970. Wening, § 498. Vangerow, II, § 485, not. 1. Tewes, II, § 139.

(3) Seguono anche questo sistema il Vinnio, *Comment. ad pr. inst. de inoff. test.* e nelle *Quaest. iuris etc.*, lib. II, cap. 21. Nood, *Comment. ad pand. h. t.*, pag. 160. Huber, *Praelect. ad ist. tit. de exhered.*, lib. II, § 2. Voet, *Ad pand. de inoff. test.*, § 23. Alciati, *Parergor.*, lib. IV, cap. 9. Facchineus, *Controvers. iur.*, lib. IV, cap. 9. Perez, *Praelect. ad cod. tit. de lib. praeter.*, N. 13. Finestres, *Praelect. Cervar. ad tit. Dig. de lib. et postum.*, P. IV, cap. 3, § 32. Puffendorf, *Observat. iur. univ.*, tit. IV, obs. 76, § 12-13. Maiacyo, *De factis contra legem*, § 10. Glück, *Pand.*, VII, pag. 336. Koch, *Bonor. possess.*, § 8. Valett, *Not. herbrect.*, § 36. Elvees, *In neue Thinis*, I, pag. 236. Meker, *Erbr.*, I, § 104. Mackeldes, § 660.

(4) Struvioskut, *Iur. civ.*, Ex. X, th. 15 e Ex. XXXII, th. 32. Fabbro, *De error. pragmat.*, dec. XIX, r. 7. Cocci, *Ius. civ. contr. de inoff. test. qu.* 7. Hubold, *De different. inter. test. null. et inoff.*, cap. VII. Kconopack, *Inst.*, § 371 e 374. Puchta, *Pand.*, § 493 e *Forles ad h. r.*

l'unico erede *ab intestato*, produceva l'effetto come se il testamento fosse proprio nullo quanto alla istituzione, mentrechè nella maggior parte dei casi il testamento vien *rèscisso in parte*, onde non solo il testamento non è *evacuato*, ma la divisione che succede dell'asse ereditario riesce ineguale?

Supposto che un figlio istituisca suo padre per 1|4, quanto importerebbe la sua porzione legittima, istituisca un estraneo per 3|4 dell'asse ereditario, e dimentichi totalmente la madre: questa fa ricorso regolarmente al *remedium ex* Nov. 115, per cui tutti dovrebbero concorrere alla eredità per eguali porzioni.

Questo scopo non si raggiungerebbe certo con gli effetti della *querela inofficiosi testamenti;* perocchè la madre potrebbe domandare dall'estraneo istituito la sua porzione intestata, cioè la metà dell'asse, il padre del defunto resterebbe istituito di 1|4 e l'estraneo dell'altro quarto.

Ora com'è possibile conciliare questi effetti con le parole surriferite della Novella 112?

Nè vale il dire che la Nov. 115 non riguarda che i motivi di diseredazione, e che il principio *testamento evacuato liberos ex aequa parte pervenire* si riferisce alla porzione legittima. Imperocchè il vero scopo della Novella riguarda non solo la diseredazione, ma anche la istituzione degli ascendenti. Bisogna inoltre osservare che la Nov. 115 non provvede al caso dei fratelli germani, ai quali è pure concessa una legittima *sub conditione*, e che, secondo questo sistema, vi sarebbero inclusi.

La Novella 115, secondo i fautori di essa, avrebbe ristretto i casi della legittima relativamente ai fratelli, proprio quando il legislatore non si occupava di essa; perocchè il *remedium* della Novella 115 non sarebbe che la *querela inofficiosi testamenti*. Bisogna dire quindi o che i germani fossero inclusi nella Novella medesima o che la legittima fosse loro tolta in quei casi in cui era ammesso nell'antico diritto.

Ognuno vede quanto è inammessibile l'una e l'altra ipotesi.

Essendo il rimedio della Novella 115 una *petitio hereditatis intestatae*, dev'essere trattata secondo la regola di quest'azione. Per la qual cosa essa è trasmessibile attivamente agli eredi assolutamente e non quando è esercitata o almeno quando è preparata come la *querela inofficiosi testamenti;* così pure è sottoposta alla prescrizione trentennale nè è una azione sussidiaria. Si fa solo quistione se il *remedium ex* Novella 115 sia assoluto, cioè possa esercitarsi da qualunque erede intestato, ovvero sia relativo, dovendo essere concesso ai soli eredi necessarii, quando essi venissero lesi per non avere relativamente a lui osservate le forme della Novella 115.

Alcuni moderni stanno per il carattere assoluto della Novella (1).

Essi partono dal principio, che quando nella fazione *del testamento* si manca contro la disposizione della Nov. 115, essendosi venuto meno alla forma, non vi è testamento, e quindi sia il caso di una vera e propria successione intestata, la quale rimanga tale indipendentemente se l'erede necessario preterito muoia prima del testatore, ovvero vi rinunzi. Per questa via i puri eredi intestati, come sarebbe il *minus plene* *adoptatus*, ovvero fratelli e sorelle e nipoti collaterali, non contemplati nel testamento, acquistano la eredità intestata.

D'altra parte i fautori dell'altro sistema (2) credono che il *remedium ex Novella* abbia un valore assolutamente relativo, e conseguentemente bisogni ammettere che se l'erede necessario preterito muoia prima del testatore, o rinunzii ad esercitare i suoi diritti, il testamento debba rimanere inalterato, e quindi sia negato il *remedium* tanto a coloro che essendo eredi intestati non sono istituiti nel testamento, quanto agli eredi necessarii istituiti.

**249**. Tra i due sistemi è preferibile il primo. Imperocchè indipendentemente dal resto, è un concetto poco giuridico il ritenere una nullità relativa, potendosi in tale condizione parlare solo di rescissione, significando il vocabolo nullità inesistenza dell'atto.

I principii da cui muovono i sostenitori di esso non paiono fondati, avuto riguardo al contesto della N. 115. Imperocchè non solo non ha una grande importanza il fatto, che la nullità stabilita dalla Novella obiettivamente riguarda solo la istituzione di eredi, e lascia sussistere l'atto testamentario relativamente ai legati; ma non ha neppure importanza il modo con cui il legislatore si esprime che cioè all'offeso l'erede necessario *nullum praeiudicium generari debet*, il che accennerebbe alla sola persona dell'erede necessario e non nel medesimo tempo agli eredi intestati. Imperocchè queste determinazioni del legislatore non sono il fondamento delle disposizioni. Il modo infatti, come esse dovevano essere applicate, bisogna vederlo non nelle parole succitate, ma nelle altre che seguono, in cui si stabilisce assolutamente la nullità del testamento: *testamento evacuato liberos ab intestato exaequa parte pervenire*. In esse Giustiniano chiaramente fa intendere che, dato il caso di violazione alla Novella 115, il testamento per lui non esisteva, perchè si dava luogo alla successione intestata; nè menomamente si accenna che questo effetto si faccia dipendere dal fatto che colui ch'è stato leso abbia o no usato del diritto suo. Quindi non è punto strana la idea che mancandosi alle determinazioni della Novella 115 la *delatio* è *ab intestato*.

La ragione fondamentale è poi questa, che, ammessa la necessità per il testatore, sia esso discendente o ascendente, d'istituirsi a vicenda, quando si è venuti meno a questa disposizione, il testamento manca di forma ed è quindi nullo. Solo i legati vi restano, ma non come disposizioni di un testamento rescisso, sibbene come contenuto di un codicillo *ab intestato* (3).

Come si è veduto innanzi, la *querela nullitatis ex Nov.* 115 ha assorbito gli altri mezzi concessi agli eredi necessarii come la querela *nullitatis ex iure antiquo* e la *bonorum possessio contra tabulas*.

Sono contrarii a quest'opinione tutti coloro che sostengono, come si è notato nel paragrafo precedente, il così detto sistema di derogazione.

Solo il Mühlenbruch, mentre difende il sistema di correzione, ammette poi che i mezzi antichi siano stati assorbiti dal *remedium ex Novella* 115, e ciò per una doppia considerazione. Innanzi tutto per la necessità di semplificare la successione necessaria, ed in secondo luogo per le parole della stessa Nov. 115 riprodotta innanzi: *si haec non fuerint observata, etc.*, le quali

(1) Prandis, *Zeitschrift f. Civil. u. process.*, VII, pag. 197. Heumann, op. cit., pag. 170, 203, 213. Sintenis, III, § 198. Thibaut, *Skist*, § 970. Vangerow, II, § 485.

(2) Bluntschli, op. cit. Franke, pag. 382. Mühlenbruch, XXXII, pag. 256.

(3) Vangerow, loc. cit.

in un modo generalissimo sanciscono la nullità delle istituzioni e si adatterebbero ad ogni specie d'istituzioni mancate sia secondo l'antico che secondo il nuovo diritto.

Si è osservato con ragione che, se Giustiniano avesse voluto realmente unificare tutto il diritto successorio necessario sarebbe molto più fondato il sistema che Mühlenbruch stesso ha combattuto, anzichè il correttivo da lui difeso. I mezzi giudiziarii nel diritto romano seguono così da vicino il diritto che difendono, e vi sono talmente connessi che non è concepibile che rimanga un dritto nella forma sua antica, e sia abolito il mezzo che lo difendeva. Se per lo stesso Mühlenbruch il *suus* o l'*emancipatus* debbano essere istituiti, il primo per diritto civile, l'altro per diritto pretorio, devono essere anche dopo la Novella 115 istituiti o debitamente diseredati, quantochè questi punti non sono stati toccati dalla Novella medesima. Dato ciò, come è possibile poi che la Novella stessa abbia assorbito tanto la *querela nullitatis*, quanto la *bonorum possessio contra tabulas?*

Dall'altro canto se le parole riferite: *si haec non fuerint observata* avessero quel significato generale, che il Mühlenbruch loro attribuisce, potrebbero essere adattate solo al caso, in cui si è mancato contemporaneamente alle prescrizioni dell'antico diritto ed a quelle della Novella. Ma se si è mancato solo contro il diritto antico quantochè l'*heres suus* è stato completamente preterito; appunto perchè la Novella, anche secondo il Mühlenbruch, non si è occupata di questo punto, le parole succitate non riguardano la violazione di quel diritto antico. Giustiniano ha conceduto il mezzo, di cui si discorre, solo per la tutela delle nuove disposizioni introdotte. Tanto più ciò inquantochè nelle parole stesse di Giustiniano si trova la prova di quel che asseriamo *si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari*, e quindi suppone una diseredazione *rite* già avvenuta. L'opinione, che sosteniamo, non si oppone alla clausola derogatoria posta alla fine del cap. 4° della stessa Novella, come afferma il Mühlenbruch; perocchè essa clausola si rapporta solo al caso in cui si sia contravvenuto alle disposizioni della Novella, non mai al caso in cui si è violato il diritto antico. E ciò deve sembrare tanto più naturale, in quanto si ammetta che la Nov. 115 non si è occupata di alcuna regola del diritto antico, e quindi logicamente ogni sanzione debba rapportarsi a quelle disposizioni prese nella Novella legge.

Il così detto sistema misto è il meno fondato di tutti. Imperocchè a prescindere, che solamente nel diritto anteriore alla Novella la mancanza di forma menava alla nullità, e quella del contenuto del diritto alla legittima alla inofficiosità, è necessario anche osservare che Giustiniano non fa alcuna differenza tra motivi inesistenti e non veri. Questi, per altro, appunto perchè non veri non possono dirsi giuridicamente esistenti.

Nell'uno e nell'altro caso si guarda alla forma, e quindi o non esiste il motivo o se questo esiste, non essendo vero, si deve avere sempre la conseguenza della nullità. Il Puchta si avvale della considerazione: che Giustiniano nella Nov. 115 abbia determinate solamente le conseguenze della contravvenzione alle sue disposizioni lasciando alla giurisprudenza la indagine dei principii (1).

Si osserva però, e molto giustamente, che ciò potrebbe valere, qualora *querela nullitatis* e *querela inofficiosi testamenti* menassero alle medesime conseguenze, il che non è, come già sopra abbiamo dimostrato.

### § 67. — *Exheredatio bona mente facta.*

Bibliografia.

Zoller, *De exheredatione bona mente*, Lips. 1769. Schutte, *De exhered. bona mente*. Gaet. 1774. — Zimmern, *Ueber exheredatio bona mente* (*Archiv. f. civil. R. u. Praxis*, VIII, pag. 153). — Maker, § 106, 108. — Glück, VII, pag. 255. — Mühlenbruch *in Gluck*, XXXVII, pag. 391. — Bluntschli, da pag. 233 a 251. — Franke, pag. 422 a 444. — Schmidt, pag. 106.

250. Natura della *exheredatio bona mente*. — 251. Conseguenza di questa *diseredazione*.

**250.** È ammessa nella legislazione Giustinianea una diseredazione con cui il testatore non *malamente*, ma per benevolenza maggiore e per motivi morali esclude il proprio figlio dalla eredità.

L. 18, *de lib. et test.* (28, 2) - Multi non nota causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut iis consulant, ut puta impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant.

L. 16, § 2, *de curator. fur.* (27, 10) - Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium, eique quod sufficeret, alimentorum nomine ab iis certum legasset addita causa necessitateque iudicii sui, aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo.

Secondo il diritto delle Pandette la *exeredatio bona mente* è riconosciuta in due casi.

1° Quando il figlio è un furioso mentecatto oppure prodigo, il padre può diseredarlo *ex bona mente* quando instituisce eredi i nipoti figli di esso mentecatto o prodigo, lasciando a questi i necessarii alimenti (2).

A questo scopo non è necessario che il figlio diseredato sia dichiarato prodigo da una sentenza; è sufficiente che venga per tale riconosciuto dal padre.

2° Quando il figlio è ancora impubere, ed il padre ha fondato timore che il patrimonio a lui lasciato potrebbe cadere in mani poco sicure, egli può diseredare questo figlio impubere *bona mente*, istituendo un altro erede coll'obbligo di aver cura del proprio figliuolo e restituirgli per fedecommesso la eredità appena fatto pubere (3).

Questi due casi potrebbero essere considerati tassativi inquantochè formando una specie di eccezione ad un principio generale relativo alla istituzione o diseredazione dei *sui*, sarebbe di stretta interpretazione; però il modo, come quei due casi sono messi nei testi citati con la particella *utpote*, accenna, che quei due casi sono stati addotti come esempii, cosicchè la *exheredatio bona mente* potrebbe essere ammessa anche in altri casi simili (4).

**251.** Colla *exheredatio bona mente* il testamento non può essere impugnato come offendente l'*officium pietatis*, e quindi non potrà essere contro di esso adoperata la querela *inofficiosi testamenti*.

Qualche volta può essere mantenuto il testamento anche quando esso potrebbe essere impugnato con la

(1) Vedi Vangerow, loc. cit.

(2) Vedi testi innanzi riportati. L. 12, § 2, *de bonis libert.* (38, 2).

(3) L. 18, *de lib. et post.*, citata; L. 16, § 2, *de curat. fur.*, citata; L. 12, § 2, *de bonis libert.*; L. 25, C. *de inoff. test.* (3, 28).

(4) Vedi Gluck, loc. cit.

*bonorum possessio contra tabulas*, e ciò avviene quando le disposizioni del testatore sono prese nell'interesse del figlio emancipato a cui sarebbe data la *bonorum possessio contra tabulas*.

L. 16, *de bonor. possess. contr. tabul.* (37, 4) - Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit, quasi consumturus bona nepotis: non esse ei dandam bonorum possessionem.

Così pure, quando la istituzione di un figlio è sottoposta ad una condizione messa in vantaggio del figlio medesimo, il testamento può non essere impugnato.

L. 25, C. *de inoff. test.* (3, 28) - Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consulere, iure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas bonorum possessionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperaverit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum, et ideo restituere debet.

La Novella 115 non ha punto riguardato questo caso. Essa, come si è veduto nei paragrafi precedenti, ha regolato la ordinaria diseredazione.

Per la qual cosa la diseredazione *bona mente*, anche fatta senza aggiungere uno dei giusti motivi determinati dalla legge, è valida anche dopo questa novella costituzione. Solo è da por mente che il testatore abbia un buon motivo ragionevole, che sia in beneficio del diseredato, perchè essa diseredazione sia mantenuta.

La verità del motivo dev'essere dimostrata dall'erede; la valutazione di essa è lasciata all'arbitrio del magistrato (1).

## § 68. — *Successione necessaria straordinaria.*

Bibliografia.

T., D. *Si a parente quis manumissus sit* (37, 12). — Nov. 5, cap. 6; Nov. 115, cap. 4; Nov. 117, cap. 5; Nov. 118. — Francke, pag. 470, ss. — Köppen, § 1. — Sintenis, § 1, not. 45, § 165.

252. Successione necessaria straordinaria; il possesso del padre manomissore. — 253. Successione straordinaria per la vedova povera; limitazioni di questa successione.

**252.** Nel *Digesto* s'incontra una straordinaria successione necessaria in favore del padre manomissore del figlio, il quale, a similitudine del patrono rispetto al liberto, aveva diritto ad una porzione determinata, ed in caso di violazione di esso diritto, si concedeva la *bonorum possessio contra tabulas*.

Questo diritto fu concesso al padre come premio di emancipazione, stantechè il figlio per mezzo dell'emancipazione era messo in grado di formarsi un patrimonio, che avrebbe acquistato per il padre, se fosse rimasto sotto la sua patria potestà.

L. 1, pr., *h. t.* - Emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti patiatur exitum; quod aequissimum praetori visum est, quia a parente beneficium habuit bonorum quaerendorum, quippe, si filius familias esset, quodcumque sibi acquireret, eius emolumentum patri quaereret; et ideo itum est in hoc, ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur. — § 1 - Enumerantur igitur edicto personae manomissorum sic: *in eo, qui a patre, avove paterno, proavove paterni avi patre.*

Non in tutto era equiparata la condizione del padre manomissore con il patrono; p. e. non era concesso al padre manomissore l'azione Faviana o Calvisiana.

L. 2, *h. t.* - Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

**253.** La vedova povera, e s'intendeva povera quella che non avea nè dote nè donazione per nozze, aveva diritto alla successione di 1/4 sul patrimonio dell'altro coniuge. Questo principio fu mutato dalla Nov. 117 in quanto che questo diritto fu concesso alla sola donna veramente povera; se poi vi sono più di tre figli del marito ella ha diritto a una porzione virile.

In caso adunque che si sciolga il matrimonio per morte, la vedova povera e non dotata ha non solo diritto *ab intestato* sulla quarta parte del patrimonio del defunto marito, ma ancora diritto che questa porzione legittima non venga lesa, onde se il marito per istituzione o in qualunque modo le lascia meno della porzione a lei dovuta, può ella chiedere quel che manca (2).

Essa però non ha diritto di essere istituita erede nè di proporre la *querela inofficiosi testamenti*, sicchè qualunque legato o donazione sia tra vivi che *mortis causa* dev'essere imputata nella porzione che le spetta.

Il diritto che le compete è una *obligatio ex lege*, e l'azione che ne nasce è assolutamente personale.

La quantità di essa porzione è determinata per 1/4 o per una porzione virile; secondo che il marito sia morto con figli procreati tanto in questo quanto nell'antecedente matrimonio ovvero no.

Molti nipoti di un solo figlio o di una figlia, sebbene relativamente ad essi succedono egualmente e si considerano non come stirpe, pure relativamente al diritto del coniuge si considerano come una stirpe sola, ossia come una sola persona (3).

La limitazione del diritto al quarto non ha luogo, quando la vedova concorre con altri eredi *ab intestato*; perocchè, avrà diritto sempre alla quarta parte dei beni del defunto marito, qualunque fosse il numero dei concorrenti.

È controverso se la vedova abbia la proprietà della quarta parte o della porzione virile, ovvero ne abbia il solo usufrutto, quando ella concorre coi figli nati dal suo matrimonio col testatore. Si è una volta quasi generalmente creduto che in tal caso la donna avesse diritto al solo usufrutto, e si chiamava in appoggio una espressione di Giustiniano nella Nov. 117, cap. 5.

..... Ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus etiam dominii iure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem iussimus legem.

Questa opinione ha trovato una certa opposizione per le seguenti considerazioni.

---

(1) Glück, VII, pag. 58, 260. Mühlenbruch, XXXVII, pag. 31 e 465. Vering. pag. 402.

(2) Nov. 117, cap. V; Nov. 33, cap. V, pr.

(3) Questa determinazione propriamente non è stabilita nella Novella, ma conseguentemente si rileva, secondo si è detto innanzi, dalla successione per stirpe stabilita tra i discendenti.

Le parole riportate dalla Novella si riferirebbero ad una antica e speciale determinazione di legge.

Secondo una disposizione di Teodosio e Valentiniano (1) tutto ciò che era stato guadagnato per mezzo del ripudio doveva essere attribuito ai figli di questo matrimonio e non poteva essere in nessun modo alienato.

Questo da Giustiniano sarebbe stato esteso alla quarta introdotto in un matrimonio non dotato.

A questo accennerebbe espressamente la Nov. 53, cap. 6, e quindi le parole riportate dalla Nov. 117, cap. 5 non sarebbero che la ripetizione di quell'antica disposizione di legge.

Però se nella L. 8, § 7 citata, che bisogna ritenere come il fondamento della disposizione Giustinianea, la madre nel fare il suo testamento può istituire sopra essa parte uno o più figliuoli.

Si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae patre moriente dimitti censemus; patri videlicet, vel matri in scribendis filiis heredibus, si unum seu unam vel omnes scribere, vel uni ex his donare velit electione servata.

Ciò dovrebbe ammettersi anche per la Nov. 117; e da questo risulterebbe che non si può parlare del solo usufrutto della madre. Molto più è da ritenere che i figli fintanto che la madre vive, hanno un diritto futuro. Certo la madre dovrà far parte ai figli del godimento di tale porzione, e fino a tal punto si può parlare di usufrutto (2).

Oggi la comune opinione non accetta questa interpretazione del Löhr, e ciò evidentemente per la chiara disposizione della N. 117 in cui le parole innanzi riportate stabiliscono nettamente l' usufrutto per la donna e la proprietà per i figli qualunque sia il nesso storico che questa disposizione abbia con altra simile nell'antecedente diritto. Tanto più quando si considera che Giustiniano in questo punto ha voluto modificare il diritto antico (*in praesenti melius utramque legem disponentes, sancimus, etc.*) (3).

È ancora controverso se la vedova acquisti questa porzione come erede.

Se il marito nel testamento ha lasciato alla vedova quello che le spettava per legge, è evidente, che la natura di questa disposizione sul diritto della vedova è da considerarsi secondochè sia una istituzione di erede, un legato ovvero una donazione, di guisa che essa sarà erede, legataria o donataria secondo le circostanze.

Nel caso poi che il marito facendo testamento abbia dimenticato completamente la moglie, alcuni credono che essa vedova debba essere considerata come una erede, e quindi traggono le seguenti conseguenze: che ella abbia bisogno di una *aditio hereditatis*, di guisa che il suo diritto cessa, se ella muore prima dell'acquisto; in secondo luogo ch'essa continui ad esser povera anche dopo la delazione, essendo la povertà il fondamento della sua capacità di erede; finalmente ch'essa può prender parte al diritto di accrescimento, purchè non si superi il quarto del patrimonio.

Fondamento di quest'opinione sarebbero le parole adoperate da Giustiniano nella Nov. 53, cap. 2, § 1: *nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres extiterit.*

Tutta la questione è nata dalla interpretazione della parola *extiterit*, la quale non vorrà significare che la donna sia una coerede, e che a lei sia conceduta la *hereditatis petitio*, ma esprime il pensiero che alla vedova è concessa per questa legge parte dell'eredità, e perciò è obbligata a corrispondere in proporzione ai debiti del marito. In effetto, sebbene la traduzione volgata interpreta quelle parole nel modo come si è veduto, specialmente nelle parole *heres extiterit*, l'altra versione traduce il testo greco in questa guisa: *et debitis viri ac res nullatenus subiaceant, nisi quatenus ex hac lege iniuria illius succedat.*

A quale titolo poi questa quota è data, e quale mezzo giuridico le si conceda non è detto in questa Novella nè altrove; se non che la Nov. 117, cap. 5, dopo aver stabilito il diritto ereditario per i figli rispetto alla moglie, si esprime con queste parole: *quartam partem ex substantia viri accipere.* Per la qual cosa, come si è detto di sopra, la donna non ha che un diritto personale, e quindi una *actio personalis* che potrebb'essere chiamata *condictio ex lege.*

(1) L. 8, § 7, C. *de repud.* (5, 17).

(2) L. 11, § 1, C. *de repud.*

(3) Löhr, *Magazin*, III, pag. 359, e nell'*Archiv. f. civil. Praxis*, XXII, pag. 1. Glück, *Intestat. erb. f.*, pag. 425, ss. Mackeldey, § 827.

## CAPITOLO V. — DELL'ACQUISTO DELL'EREDITÀ.

### § 69. — *Condizione per la delazione ed acquisto dell'eredità.*

BIBLIOGRAFIA.

T:, *Inst. de heredum qualitate et differentia* (2, 19). — T., D. *De acquirenda vel omittenda hereditate* (29, 2). — T., C. *De iure deliberandi et de acquirenda vel omittenda hereditate* (6, 30).

Finestres, *De acquirenda vel omittenda hereditate, Prael. Cervar.*, pag. 226, ss. — Doring, *Die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft.* — Mühlenbruch *in Glück*, XLII, pag. 289. — Arndts, *Rechtslexicon* (*Erbschaft*), IV, pag. 7.

254. Principali requisiti per l'acquisto dell'eredità. — 255. Requisiti speciali; conoscenza da parte dell'erede dello stato suo e del modo come egli è chiamato alle eredità. — 256. Quando il dubbio nuoce alla dichiarazione dell'acquisto e quando no; interpretazione delle L. 21, § 3, *de acquirenda* (29, 2). — 257. Forme della dichiarazione *pro herede gestio.*

**254.** L'acquisto dell'eredità secondo le regole generali suppone la delazione come si è notato innanzi.

L'acquisto in generale è rimesso alla volontà di colui che è chiamato erede. Gli eredi in generale sono *voluntarii heredes.*

Coloro però che erano sotto la patria potestà del defunto, sia essa *patria*, ovvero *dominica potestas*, sono *heredes domestici* e come tali eredi necessarii, diventandolo *ipso iure* indipendentemente la loro volontà (4).

**255.** La dichiarazione della volontà di essere erede indispensabile per gli eredi volontarii dicesi adizione dell'eredità, e suppone le seguenti condizioni:

1) L'erede bisogna che abbia la certezza dello stato suo e della successione. Quindi l'atto di adizione è nullo, ove l'erede sia in dubbio se il testatore sia morto o sia ancora in vita.

L. 19, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Qui hereditatem adire, vel bonorum possessione petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem (5).

(4) Vangerow, II, § 488, not. Vedi anche Rosshirt, *Erbr.*, pag. 186. Thibaut, § 864. Puchta, § 882. Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 637. Sintenis, III, § 351.

(5) L. 13, § 1; L. 32, pr. *eod.*

Dev'essere ancora certo se il testatore sia morto da padre o da figlio di famiglia, se il testamento sia vero o no, se il postumo preveduto sia o no nato.

L. 22, *eod.* - .... Ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat.

Così pure dev'esser certo se egli sia istituito *pro parte* o *ex asse*, *ex institutione vel ex substitutione.*

L. 93, *eod.* - Pater, quoties filio mandat adire, certus esse debet, an pro parte, an ex asse, et an ex institutione, an ex substitutione, et an testamento an ab intestato filius suus heres exsistat.

È necessario ancora che l'erede sappia se egli sia istituito sotto condizione ovvero puramente e semplicemente; e, se conosce d'essere istituito sotto condizione, è necessario che egli sappia, se la condizione sia avvenuta, ovvero penda o sia stata deficiente.

L. 32, § 1, *h. t.* (29, 2) - Sed et si scit se heredem institutum, sed utrum pure, an sub conditione ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub conditione, licet paruerit conditioni.

Mentre chi credeva d'essere istituito sotto condizione, essendolo puramente, potrà adire l'eredità, se adempie alla putativa condizione.

L. 34, § 1, *eod.* (29, 2) - Sed et si, quum esset pure institutus, putavit sub conditione, et impleta conditione, quam iniectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem? consequens est dicere, posse eum adire, maxime cum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit. Facilius quis admittet, si quis pure institutus putavit se sub conditione institutum, conditionemque impletam, quam in eventum putabat; nam in nullo haec suspicio obfuit.

**256.** Per il caso contrario, cioè quando l'erede creda di essere istituito puramente, mentre lo è sotto condizione, e questa sia stata adempiuta, vale anche la stessa soluzione.

È controverso come si possa accordare con questi principi un testo di Ulpiano e propriamente la

L. 21, § 3, *h. t.* (29, 2) - Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Iulianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret; quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat conditionem extitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit.

Questa legge è stata variamente interpretata da autori e critici, dei quali alcuni han creduto di fare qualche correzione al testo, come p. e. Haloander che invece di *substitutus* legge *institutus*, e Cuiaccio che legge: *si conditionem, sub qua heres institutus est, ignorat... Puto non posse adire hereditatem*, la quale lezione potrà bene accordare questo testo con la L. 21, *de condit. et demon.* (35, 1), ma non è in armonia con altri principi stabiliti nelle fonti, come ben osserva il Mühlenbruch (1).

Questa legge racchiude il seguente principio fondamentale, che cioè la ignoranza della quantità o importanza materiale della porzione in cui uno è istituito non nuoce alla adizione.

Questo principio è riconosciuto anche da Cassio, come si rileverebbe dalla decisione che segue.

Se qualcuno è istituito erede sotto una condizione e sostituito ad un coerede sotto un'altra condizione, e egli adisce la eredità in un momento, quando sono adempiute entrambe le condizioni, quest'adizione sarebbe valida, e sarebbe come fosse stato chiamato a due porzioni.

L'adizione sarebbe valida anche quando ignorasse la sostituzione, ed avesse solo conosciuto la porzione a cui era stata direttamente chiamato: *si conditionem... sub qua substitutus est ignorat.*

A questo risultato Cassio Ulpiano fa il dubbio: quale sarebbe la soluzione, se l'erede ignorasse essersi avverata la condizione, sapendo per altro di essere stato sottoposto a condizione; e risponde: *Puto posse adire hereditatem*, cioè che sarebbe da ammettere la medesima soluzione, come nel caso, in cui essendosi instituito puramente e sostituito ad un coerede, si adisce la eredità in un tempo, in cui s'ignora, che l'*istituito* ha già ripudiata l'eredità, onde all'altro vien deferita la porzione del ripudiante (2).

Questa interpretazione non solo mette tutti i casi diversi in rapporto col principio fondamentale stabilito in testa della legge riportata, ma è in armonia ancora con la L. 21, *de cond. et demon.*, perchè Giuliano in questa legge citata parla del caso quando l'erede è istituito in una porzione sotto condizione, e adisce la eredità senza essere a conoscenza dell'avvenuta condizione.

Ulpiano invece nella L. 21, § 3 riportata, discorre di un caso diverso, cioè quand'uno è istituito in una porzione e sostituito sotto una condizione, e adisce la eredità senza sapere l'avvenuta condizione apposta alla sostituzione.

Che l'errore di questa natura non nuoccia alla validità dell'adizione si rileva dai principii stabiliti nella

L. 1 (29, 2) - Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

e nella

L. 2, *eod.* - Sed et si quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere (3).

Il dubbio sul proprio stato, se l'erede sia *homo sui vel alieni iuris* non nuoce all'adizione.

L. 34, pr. *h. t.* (29, 2) - Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum acquirere hereditatem, iam dictum est. Cur autem, si suam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest? Illa ratio est quod, qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat; qui de sua, de testamento certus est.

La ignoranza sulla qualità per cui è chiamato erede, il dubbio cioè, se egli fosse erede necessario o erede volontario, nuoce all'adizione della eredità.

L. 15, *h. t.* - Is qui putat se necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare.

L. 16, *eod.* - ..... Qui se putat necessarium, voluntarius exsistere non potest.

Ove fosse dubbio se il testatore sia morto in prigionia del nemico, ovvero da cittadino romano, ciò,

(1) *In Glück*, XLII, pag. 423, nota 33.

(2) Vangerow, II, § 498, not. Gothofredo, *Ad animadver. iur. civ.*, cap. 17 (Otton Thesaur., III), pagina 312, ss. Mühlenbruch, loc. cit. Puchta, § 497 notato. Tewes, II, pagina 30, nota 4.

(3) Vangerow, loc. cit.

per la *fictio legis Corneliae*, non nuoce all'adizione. Fa d'uopo per altro che l'erede in massima sia certo dello stato del suo antecessore.

L. 33, *h. t.* (29, 2) - Quod si dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi, et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire.

2) La seconda condizione per l'adizione della eredità è la capacità dell'erede ad obbligarsi.

L'impubere, il minore non possono adire senza l'autorità del tutore o il consenso del curatore.

L. 8, *h. t.* (29, 2) - More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla, sine tutoris auctoritate obligari possunt; hereditas autem, quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae. — § 1 - Impubes, qui in alterius potestate est, si iussu eius adierit hereditatem, licet consilii capax non fuerit, ei acquirit hereditatem (1).

Se l'erede è ancora sotto la patria potestà, nel diritto antico, adendo, acquistava per il padre, e quindi avea bisogno dell'assenso di lui.

Dopo lo svolgimento dell'istituto peculiare, i beni ereditari, addivenendo avventizi, sono acquistati dal figlio di famiglia per sè, avendo solo bisogno del consenso del padre per adire. Se il figlio di famiglia ripudia da solo la eredità, essa può essere acquistata dal padre.

L. 6, pr., § 1 a 3, *h. t.* - Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur. — § 1 - Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestati subiectus est. — § 2 - Sed et si legitima hereditas matris filio delata sit ex Senatus consulto Orphitiano, idem erit probandum. — § 3 - Sed et si non adierit filius, diu tamen possedit pater hereditatem, credendus est, admisisse hereditatem, ut Divus Pius et Imperator noster rescripserunt (2).

**257.** La volontà nel manifestarsi può essere espressa o tacita; l'espressa può essere verbale o scritta; la tacita si dichiara per mezzo di atti, i quali non potrebbero essere interpretati altrimenti che supponendo che, chi li compia, si reputi erede. Questa tacita adizione è detta ancora *pro herede gestio*.

L. 20, *h. t.* - Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere, non tam esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum, si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet, non videri pro herede gessisse (3).

3) Non è richiesta alcuna forma speciale di dichiarazione, purchè una determinata forma non sia messa come condizione nella istituzione di erede.

L'eredità non si acquista per procuratore.

L. 90, pr. *h. t.* (29, 2) - Per curatorem hereditatem acquiri non posse.

Da questa regola sono naturalmente eccettuate quelle persone le quali, o non hanno una personalità vera, o ne hanno una imperfetta.

E per conseguenza le persone giuridiche acquistano per mezzo dei loro amministratori, gl'impuberi per mezzo del tutore, ed il figlio sottoposto alla patria potestà per mezzo del padre (4).

## § 70. — *Tempo della delazione e dell'adizione dell'eredità.*

Bibliografia.

T., D. *De iure deliberandi* (28, 8). — Cod. *De iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate* (6, 30), Nov. 164. Koch, *De herede deliberante*, Giess 1783. — Grosch, *Diss. inaug. de iuris deliberandi origine*, Vratisl. 1839. — Wedemeker, *De iure deliberandi*, Gött 1844. — Sintenis, *Capita selecta ex iure civili*, Giess 1840, cap. II, pag. 67. — Marezoll, *Arch. f. civil. Praxis*, VIII, pag. 268, ss. — Vangerow, *Arch. f. civil. Praxis*, XXII, n. 7. — Puchta, *Arndts in Krit. Iahrb.*, IV, pag. 7-29. — Bruns, *In Iahrb. des gem. Rechts*. — Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 277. — Vangerow, *Pand.*, II, § 491. — Tewes, II, § 53.

258. Tempo della delazione e della adizione della eredità. — 259. Della *Cretio*; diverse forme della medesima; effetti secondo le forme. — 260. Tempo a deliberare secondo la legislazione Giustinianea; *Spatium deliberandi* del diritto pretorio. — 261. Pretesa modificazione apportata da Giustiniano con la L. 19, C. *de iure delib.* (6, 30); vera novità introdotta da questa costituzione. — 262. Effetti dello *spatium deliberandi*. — 263. Regole relative all'*agnitio* della *bonorum possessio*; differenze con l'acquisto della eredità.

**258.** La eredità sì testamentaria che intestata si deferisce alla morte del defunto, purchè una condizione non la rimandi all'adempimento della medesima.

Come si disse altrove, *pendente conditione*, l'istituito può domandare la *bonorum possessio secundum tabulas*.

L'adizione dell'eredità per gli eredi necessari avviene nel medesimo momento della delazione, cioè alla morte.

Per gli eredi volontari nella legislazione Giustinianea non è per regola stabilito un tempo per l'adizione. Dal momento che l'erede abbia conoscenza di essere nominato nel testamento o chiamato per legge può adire la eredità. Però bisogna che l'erede chiamato sia certo del suo diritto; per conseguenza, se ad uno è deferita una eredità, ma vi è un nascituro, il quale se nascesse vivo, gli sarebbe preferito, il vocato non potrà acquistare l'eredità prima che il nascituro venga alla luce.

L. 30, § 1, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est, aut putatur esse, adire hereditatem non potest, sed si scit, non esse praegnantem, potest (5).

Così pure, se un fanciullo del testatore su cui si è fatto una quistione di stato, ha ottenuto la *bonorum possessio ex Carboniano edicto*, l'erede, che senza di esso sarebbe chiamato, non potrebbe acquistare la eredità prima che non fosse risoluta la quistione di stato.

L. 12, *de Carboniano edicto* (37, 10) - Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo

(1) L. 5, 18, § 4, C. *de iur. delib.* (6, 30); L. 9, 49, *h. t.* (29, 2); L. 9, § 3, *de auct. tut.* (26, 8); L. 26, C. *de adm. et per. tut.* (5, 37).

(2) L. 8, pr., § 1 a 3, C. *de bon. quae lib.* (6, 61); L. 18, pr., § 1, 4, C. *de iure lib.* (6, 30); L. 13, § 3; L. 14, 25, § 4, *h. t.* (29, 2); L. 9; L. 5, § 1.

(3) § 7, *Inst. de hered. qual.* (2, 19); L. 21, pr., § 1, 2; L. 24, 69, 86, § 2; L. 87, *h. t.* (29, 2).

(4) L. 3, § 4; L. 7, § 1; L. 8-11, *de bon. poss.* (37, 1); L. 18, § 2 e 4, C. *de iure lib.* (6, 30); L. 11, *de auct. tut.* (26, 8); L. 7, C. *qui adm. ad bon. poss.* (6, 9).

(5) L. 30, 2-8; L. 84, *eod.*; L. 4, § 3; L. 5, *de bon. poss. contr. tabul.* (37, 4).

(unde liberi) bonorum possessionem petit exemplo legitimi secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante, vel ob litem in dubio constituti?

**259. Nel diritto antico v'era l'uso che lo stesso testatore stabiliva un termine entro cui l'erede dovea adire l'eredità. Questo periodo a deliberare era appellato *Cretio* da *Cernere*.**

Gai, *Inst.*, II, 164 - Extraneis heredibus solet Cretio dari id est filiis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur: ideo autem Cretio appellata est, quia Cernere est quasi decernere et constituere.

Il tempo stabilito per la *Cretio* era al massimo di 100 giorni utili. Se l'erede ripudiava la eredità senza forma, egli poteva ancora, durante il periodo della *Cretio*, deliberare e adire la eredità.

Il testatore poteva, per chi non adiva in tale periodo, aggiungere la diseredazione.

Gai, *Inst.*, II, 165 - Cum ergo ita scriptum sit: *heres Titius esto, adicere debemus: Cernitoque in centum diebus proximis, quibus scies poterisque. Quod ni ita creveris exheres esto.*

Questa specie di *Cretio* era detta *perfecta*.

Se poi non fosse stata aggiunta la diseredazione, chi avesse adito in contraddizione, ossia oltre il periodo, era limitato in una metà di ciò che gli spettava per istituzione, mentre l'altra metà era data immediatamente al sostituito.

Questa regola fu modificata da Marco Aurelio, il quale stabilì che, se l'erede avesse adito in un modo non formale, ma di fatto (*pro herede gerere*), egli avrebbe acquistato tutta la eredità; se poi avesse adito oltre il periodo, allora veniva escluso dal sostituito.

Gai, *Inst.*, 177 - Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec verba: *si non creveris, tum Publius Maevius heres esto*, illud diversum invenitur, quia si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo aequis partibus heredes: quod si neque cernat, neque pro herede gerat, sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit.

Ulp., fragm. XXII, 34 - Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est non adiectis his verbis: *si non creveris, exheres esto*, sed ita: *si non creveris, tunc Maevius heres esto*, cernendo quidem superior, inferiorem excludit: non cernendo autem, sed pro herede gerendo, in partem admittit substitutum; sed postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres. Quod si neque creverit, neque pro herede gesserit, ipse excluditur, et substitutus ex asse fit heres.

Questa specie di *Cretio* fu detta perciò *imperfecta*.

La *Cretio* poteva essere inoltre *volgare* e *continua*.

Si diceva volgare quando erano aggiunte le parole: *scieris poterisque*. In tal caso il tempo era utile, perchè non venivano computati i giorni in cui l'erede ignorava di essere istituito o non poteva diversamente, per un impedimento legale, adire la eredità.

Si diceva invece continua se alla *Cretio* non fossero state aggiunte le parole surriferite.

In tal caso il tempo era continuo, essendovi computati tutti i giorni.

Ulp., fragm. XXII, 31 - Cretio aut vulgaris dicitur aut continua: vulgaris, in qua adiiciuntur haec verba: *quibus scieris poterisque*: continua, in qua non adiiciuntur. — 32. Ei qui vulgarem Cretionem habet, dies illi duntaxat computantur, quibus scit, se heredem institutum esse, et potuit cernere: ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus se heredem institutum, aut sciret quidem, sed non potuit cernere.

La *Cretio* continua cadde presto in disuso (1).

Costantino l'abolì totalmente per i beni materni (2), disposizione estesa poi da Onorio Arcadio e Teodosio ad ogni eredità deferita al figlio di famiglia (3). Finalmente Giustiniano abolì definitivamente la *Cretio*, riproducendo nel suo Codice la massima generale della costituzione Teodosiana senza limitazione.

L. 17, C. *de iure deliberandi* (6, 30) - Cretionum scrupolosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.

**260. Nella legislazione Giustinianea il tempo per l'adizione dell'eredità è fissato:**

1) Quando l'adizione in un dato termine è posta come condizione nell'istituzione di erede.

L. 72, *de acq. vel omitt. heredit.* (29, 2) - Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret decesserit, nemo dubitat quin substitutus ultimum diem aditionis expectare non soleat.

2) Quando vi sono creditori dell'eredità o legatarii, ed in generale altri interessati, questi possono chiedere che coloro che vi sono chiamati decidano di accettare o ripudiare l'eredità.

L. 5, *de inter. in iure* (11, 1) - Qui interrogatur an heres vel quota ex parte sit, vel an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur, ad deliberandum tempus impetrare debet, quia, si perperam confessus fuerit, incommodo afficitur.

L 6, *eod.* - Et quia hoc defunctorum interest ut habeant successores, interest et viventium, ne praecipitentur, quamdiu iuste deliberant.

L. 10 (28, 8) - Si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos observaturum se ait praetor id, quod proefiniendo tempore deliberationis edicit: videlicet, ut, a primo quoque ad sequentem translata hereditate, quam primum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere (4).

In tal caso è concesso agli eredi un termine per rispondere se credono o no accettare l'eredità, detto perciò *spatium deliberandi*, il quale non può essere più lungo di nove mesi, e, se dato dall'Imperatore, non può essere esteso oltre un anno.

L. 22, § 13, C. *de iure deliberandi* (6, 30) - ..... Indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis, vel a nostris iudicibus, non tamen amplius ab Imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero iudicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur, sed et si fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim et non saepius eam peti concedimus.

Durante questo tempo l'erede può informarsi dello stato della eredità; però può avere il diritto ad una interinale amministrazione, ovvero, se l'erede fosse un figlio del defunto, ha diritto a prenderne gli alimenti.

L. 9, *h. t.* (28, 8) - Filius dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate (5).

(1) Gai, *Inst.*, II, 173.

(2) L. 1, Cod. Theod. *de mater. bon. et cret. subl.* (8, 18).

(3) L. 8, § 1, Cod. Theod., *eod.*

(4) Vedi L. 22, C. *h. t.* (6, 30); L. 69, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2).

(5) L. 28, *de acq. hered.* (29, 2); L. 8-9, *quibus ex causis in poss.* (42, 4); L. 22, § 1, *de rebus auctor. iud.* (42, 5).

Lo *spatium deliberandi* è un prodotto del diritto pretorio, e fu messo perchè l'erede non potesse avere la sorpresa di un'eredità troppo onerosa, ovvero, perchè gli interessati alla determinazione dei rapporti nascenti dalla eredità fossero sicuri della persona che dovesse rappresentare tali rapporti.

**261.** Si è preteso che, prima di Giustiniano non vi fosse un periodo determinato dalla legge per deliberare l'accettazione o il ripudio dell'eredità, e che tale periodo fosse stato introdotto da lui.

L. 19, C. *de iure deliberandi* (6, 30) - Quum antiquioribus legibus, et praecipue in quoestionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes, posse et in suam posteritatem hanc trasmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt; eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel proherede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen ut unius anni spatio eadem trasmissio fuerit conclusa; et si quidem is, qui sciens hereditatem sibi esse vel ab intestato, vel ex testamento delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

Questo periodo legale a deliberare sarebbe stato poi abolito dalla L. 22, § 14 dello stesso titolo.

Invero gli ultimi periodi della L. 19 riportata e le espressioni vaghe della citata L. 22, § 14 dello stesso titolo danno una certa apparenza di ragione a questa opinione, che pure fu anticamente sostenuta da qualche Glossatore in contraddizione di qualche altro. In effetto Piacentino era di questa opinione, cioè che, se non si fosse domandato dall'erede uno spazio a deliberare, dopo il decorsò di un anno da computarsi dal giorno in cui l'erede nominato o vocato ebbe conoscenza della eredità a lui deferita, egli sarebbe stato escluso dalla eredità medesima. Ma come nella L. 9, C. *h. t.*, era stabilito che, fino a tanto che il periodo a deliberare non fosse stabilito dall'autorità, l'erede poteva in ogni tempo adire o ripudiare la eredità, Piacentino crede che tale disposizione, in contraddizione della sua opinione, riflettesse solo il *suus heres*.

Al contrario Giovanni Bassiano e Azone vedevano nella L. 9, C. una disposizione generale per tutti gli eredi, e la L. 19, C. dovesse riguardare non altro che un caso di trasmissione del periodo a deliberare (1).

Questa opinione fu accettata nella glossa di Accursio (2), e addivenne fino ad un certo tempo la comune opinione (3).

La novità introdotta nella L. 19, C. sarebbe questa, che l'erede, il quale durante l'anno dalla conoscenza della deferita eredità non dichiari di volere accettare o ripudiare, dovrebbe essere lui ed i successori esclusi dall'eredità medesima. Questo spazio legale a deliberare sarebbe però da altri inteso in un modo diverso, perchè, data la mancanza di deliberazione durante l'anno, l'erede sarebbe escluso dai sostituiti e dagli eredi *ab intestato*, mentre sarebbe considerato come erede in favore dei creditori dell'eredità (4).

In vero la L. 19 riportata innanzi riguarda null'altro che un caso di trasmissione. Per lo meno fino alle parole: *intra annale tempus extendat* riguarda esclusivamente il caso di trasmissione, disponendo che se l'erede muoia nel periodo per deliberare, da lui domandato o concessogli dall'autorità, tale diritto, per il tempo che ancora vi resta, è trasmesso ai suoi eredi; ovvero, e questa sarebbe la sola novità, quando l'erede non ha domandato lo spazio a deliberare, nè gli è stato imposto dall'autorità, ma nel medesimo tempo non ha accettata la eredità medesima, nè vi sia inserito, viene considerato come se fosse nel periodo a deliberare, e quindi, se muore durante l'anno dalla conoscenza della delazione, gli eredi suoi hanno diritto durante l'anno a deliberare. In altri termini vi è caso di trasmissione nelle condizioni or ora dette, anche quando non sia stato lo spazio a deliberare, nè domandato, nè imposto.

Il vero dubbio su questo punto è dato dall'ultima disposizione della legge, cioè che, se l'erede durante l'anno non si dichiara, viene escluso dal beneficio con la sua successione. Quest'ultimo periodo, secondo il Mühlenbruch ed il Vangerow, è rettamente interpretato a cotesto modo. Innanzi tutto è a considerare che, se il vero erede è morto dopo l'anno, naturalmente gli eredi suoi non possono profittare del beneficio della deliberazione, perchè, essendo dopo tale anno escluso l'erede principale, non potrebbe trasmettere ai suoi eredi quel che egli stesso non ha.

E di vero intanto si ammette il caso di trasmissione in quanto vi è uno spazio a deliberare.

Ora, se l'erede principale è morto in un tempo (dopo l'anno) in cui non è concepibile uno spazio a deliberare, non è neppur possibile un caso di trasmissione (5).

La disposizione della L. 19 che abbiamo orora esaminata non è stata punto toccata dalla L. 22, C. *h. t.*, la quale legge non ha alcuna diretta determinazione sul diritto di trasmissione, ma introduce solamente l'obbligo dell'inventario, per mezzo del quale si peggiora la condizione di chi domandava lo spazio a deliberare.

**262.** Quali conseguenze dello *spatium deliberandi* sono da notare le seguenti:

Se l'erede accettava nello spazio dato a deliberare, secondo l'antico Diritto Romano egli era obbligato a pagare tutti i debiti ereditarii. Quanto poi ai legati egli non era obbligato a pagare di più di quello che importasse la eredità, sottratti i debiti. Se in tal caso i legati superavano i 3/4 della eredità, sottratti i legati, egli poteva detrarre la quarta Falcidia.

Se invece egli facea passare il tempo senza dichiararsi, era escluso dalla eredità, la quale era devoluta agli altri eredi intestati. Se poi nessuno voleva accet-

(1) Haenel, *Dissensiones dominorum, in Hugolino*, § 289, pag. 455-457.

(2) Vedi Glos., *verb. meruerit*, e Glos., *verb. beneficio*; L. 19, C. *h. t.*

(3) Donello, *Comment. ad* L. 19, C. *h. t.*

(4) Vedi su quest'animata quistione Vangerow nel *Archiv. f. civil. Praxis*, XXI. - Mühlenbruch *in Glück*, XLI, § 1467, pag. 295, ss.

(5) Thibaut, *Versuch*, I, 13; II, 7, pag. 184. Schomann, II, n. 12. Puchta ed Arndts nella recensione all'art. del Vangerow citato in *Richter schen Iahrb.*, 1840, fasc. 1. Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 703.

tare la eredità, questa era venduta in beneficio dei creditori.

L. 69, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2) - Quamdiu institutus admitti potest substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium Praetoris, et circa denegandas primo actiones et circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitutum (substituto) neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere. Is autem, qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere. Ergo expectamus in singulis, ut prius deferatur hereditas; tunc deinde, post aequam delata est, exspectamus diem praestitutum intra quem diem, nisi aut adeat, aut pro herede gerat, denegamus ei actiones (1).

La L. 22, C. (6, 30) limitò il beneficio a deliberare coll'introdurre il beneficio dell'inventario. Chi ha domandato uno spazio a deliberare è obbligato a fare un esatto inventario dell'eredità.

Se non ottempera a questa disposizione sono stabilite le seguenti disposizioni.

1) Se egli accetta un tale periodo, è obbligato illimitatamente a tutti i debiti ereditarii non solo, ma sarà tenuto a pagare tutti i legati come sono disposti, senza potere sottrarre la quarta Falcidia.

2) Se egli ripudia, e quindi è obbligato a restituire agli altri la eredità, gli si può deferire il giuramento in *litem;* di guisa che, se coloro che hanno diritto ad avere la eredità affermano che la eredità importi più di quello che risulta dopo il ripudio, possono confermare questa loro asserzione col giuramento (2).

3) Se poi il periodo decorre senza che l'erede abbia deliberato, egli viene considerato come se avesse acquistato la eredità e quindi si hanno le conseguenze notate nel N. 1 (3).

Invece se l'erede che si trova nello spazio di deliberare abbia fatto inventario nell'accettazione, allora si avverano tutti i vantaggi che noteremo nella dottrina del beneficio dell'inventario.

Se lo spazio a deliberare è domandato da coloro i quali hanno diritto di entrare nella eredità dopo il chiamato, si avrà che, decorso il termine, senza che l'erede abbia deliberato, s'intende come se egli avesse rinunziato alla eredità medesima.

L. 70, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2) - In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut, si testamentum proferatur, prius ascriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, etiam si idem sit, ad quem utroque modo pertineat; nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem iuris est in bonorum possessione, ut prius scriptus repellat bonorum possessionem, deinde is, qui ab intestato petere potest. — § 1 - Si vero ei, ad quem legitima hereditas potest pertinere, conditio data sit, nihil constituere potest de legitima antequam dies conditionis transeat, et ideo dicendum est, et in eo casu, si respondit, neutram hereditatem ad se velle pertinere, bona defuncti a creditoribus possidenda sunt (4).

Finalmente quando un erede necessario avesse voluto servirsi della *querela inofficiosi testamenti*, può fare imporre all'erede scritto un periodo di sei mesi per deliberare.

(1) L. 23, § 1-2, *de hered. inst.* (28, 5). Gai, *Inst.*, II, § 167. L. 70 (29, 2).

(2) L. 22, § 14, C. *h. t.*, Nov. 1, cap. 2, § 2.

(3) L. 22, § 14, C.

(4) L. 69 riportata innanzi; L. 23, § 1, *de hered. inst.*

**263.** Tutto ciò che è detto per l'adizione della eredità si dica per l'*agnitio* della *bonorum possessio* con le seguenti differenze.

1) Il possesso dei beni dev'essere domandato giudiziariamente, ove che l'adizione della eredità può esser fatta fuori di giudizio (5).

2) L'eredità non si può adire che direttamente, non può essere acquistata per procuratore, salvo poche eccezioni.

La *bonorum possessio* invece può essere domandata da un procuratore, anche senza uno speciale mandato, purchè il consenso del mandante segua immediatamente nel termine legale; se in questo periodo colui che deve consentire addiviene demente, il consenso si reputa già dato.

L. 16, *de bon. poss.* (37, 1) - Quoties is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere coeperit magis probatum, ratum eum videri habuisse; rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet (6).

3) Il possesso dei beni, come l'eredità, si chiede dopo la morte del testatore, ma a differenza di questa si può domandare anche prima della delazione, p. e. quando la istituzione di erede è sottoposta a condizione, e quando la successione fu devoluta a persona la quale è in dubbio di accettare (7).

4) Il possesso dei beni dev'essere chiesto entro un anno dai discendenti ed ascendenti, entro 100 giorni per le altre persone, computandosi dal momento della notizia avuta della delazione.

L. 1, § 12, *de succ. edict.* - Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt; ideoque placuit, iis praestitui annum, scilicet ita moderate ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem, neque bona diu iacerent. Sane nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset; si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt (8).

## § 71. — *Del ripudio della eredità.*

Bibliografia.

T., D. *De acquirenda vel amittenda hereditate* (29, 2). — C. *De repudianda bonorum possessione* (5, 19); *de repudianda vel abstinenda hereditate* (5, 31).

Gmelin, *De repudiatione hereditatis*, Tubing. 1804. — Francke, *Archiv. f. Civil. Praxis*, XIX, pag. 207. — Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 103, ss. — Caldera, *Variar. Lect.*, I, cap. 5 (*in Meermann Thesaur.*, III, pag. 598). — Puchta, *Vorles.*, § 499. — Windscheid, § 599. — Tewes, II, § 54.

264. Forme del ripudio della eredità. — 265. Requisiti per il ripudio della eredità; conoscenza dell'avvenuta delazione. — 266. Ripudio dell'eredità per defraudare i legatari; conseguenze; modificazioni. — 267. Necessità della capacità in chi rinunzia alla eredità. — 268. Irrevocabilità del ripudio; conseguenze.

**264.** Essendo l'acquisto dell'eredità un atto volontario, ne segue che colui, che può acquistare la eredità

(5) § 7, *Inst.*, *de bon. poss.* (3, 9); Confr. L. 9, C. *qui admitti ad bon. poss.* (6, 9).

(6) L. 3, § 7; L. 7, § 1; L. 11, *de bon. poss.*

(7) L. 5, pr. *quis ordo in bon. poss.* (38, 15); L. 42, § 2, *de bon. lib.* (38, 2); L. ult., C. *qui admitt. ad bon. poss.* (6, 9).

(8) L. 2, pr., § 3, *quis ordo in poss.* (38, 15).

secondo il diritto civile o secondo il diritto pretorio, può anche ripudiarla.

L. 18, *h. t.* (29, 2) - Is potest repudiare, qui et acquirere potest (1).

Come l'adizione così il ripudio può essere espresso o tacito; nel primo caso si ha il ripudio nel senso stretto, nel secondo si ha più propriamente la *omissio*.

L. 95, *h. t.* - Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis iudicio voluntatis.

I requisiti per un valido ripudio sono in sostanza i medesimi di quelli stabiliti per l'acquisto dell'eredità. E come, perchè si possa rinunziare, è necessario la delazione dell'eredità (2), similmente, quando un erede è istituito sotto condizione, per ripudiare è mestieri che questa si sia avverata.

L. 13, pr. *h. t.* - Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset; ceterum heres institutus sub conditione si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est (3).

Conseguentemente un sostituito non può efficacemente ripudiare la eredità prima che sia mancato l'istituito.

**265.** L'erede, che rinunzia, deve aver conoscenza dell'avvenuta delazione, nè deve mai dubitare dell'avvenimento di essa.

L. 13, § 1, *h. t.* - Si quis dubitet, vivat testator nec ne, repudiando nihil agit.

È però da osservare che l'erede il quale ripudiò l'eredità *ab intestato*, ignorando di essere erede per testamento, può adire la successione testamentaria, per la ragione che non essendovi delazione intestata, esistendo il testamento, la rinunzia della prima è completamente inefficace.

L. 17, pr., § 1, *h. t.* - Nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest. Sed si certum sit, falsum non esse quod falsum dicitur, sicut adeundo acquirit, ita et repudiando amittit hereditatem. — § 1 - Heres institutus, idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est, utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

L. 77, *h. t.* - Illud dubitare potest, an, si cum testamento heres institutus essem ab eo, qui etiamsi intestatus decessisset, legitima hereditas eius ad me pertineret, an simul utramque hereditatem repudiare possim, quoniam, antequam ex testamento hereditatem repudiaverim, legitima nondum ad me pertinet; verum eodem momento intelligor et ex testamento et legitimam repudiare, sicuti si legitimam velim ad me pertinere, quam sciam testamento mihi relictam, videbor ante repudiare testamentum, et ita legitimam acquisiisse.

Se poi un erede legittimo, che sia pure istituito, ripudiò la eredità *ab intestato*, sapendo di essere istituito, si reputa d'avere rinunziato ad entrambe le forme della eredità medesima, e quindi non può adire più la eredità testamentaria (4).

Se chi si reputa erede necessario mentre, è un erede volontario, ripudia la eredità, il ripudio è inefficace.

L. 15, *h. t.* - Is, qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit ripudiare; nam plus est in opinione quam in veritate (5).

Una grande difficoltà offre la

L. 97, *h. t.* - Clodius Clodianus facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est; Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse.

In questo testo si rammenta un caso in cui un erede fu istituito in due testamenti, dei quali il secondo era nullo; l'erede, nella supposizione che l'ultimo testamento fosse valido, aveva accettata la eredità secondo questo testamento. In questa dichiarazione Papiniano reputò che l'erede iscritto avesse già ripudiato la eredità secondo il primo testamento. Per la qual cosa l'accettazione della eredità del secondo testamento era inefficace, essendo il testamento nullo, ed essendo efficace, secondo Papiniano, il ripudio secondo il primo testamento valido, fu deciso che Clodiano il testatore fosse morto intestato. Paolo invece si dichiara contrario a questa opinione, perchè non crede che abbia l'erede istituito ripudiato secondo il primo testamento valido coll'accettare la eredità secondo l'ultimo testamento nullo.

Ora la questione versa su ciò, se bisogna ritenere la soluzione ammessa nel Concistorio Imperiale per autorità di Papiniano, ovvero la opinione di Paolo. Senza alcun dubbio bisogna accogliere la opinione di Paolo non ostante la grande autorità di Papiniano per due ragioni; in primo luogo perchè non si potrà ammettere la rinunzia di un diritto che non si conosce, ed in secondo luogo perchè il testo introdotto nelle Pandette Giustinianee fu tratto dall'opera di Paolo, lib. III dei decreti. Indipendentemente da queste considerazioni, tanto più dobbiamo seguire la opinione di Paolo in quanto lo stesso Papiniano in altri casi simili è stato conforme alla opinione del primo.

L. 79, *de legat.* (31) - Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit. Iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt. *Non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.*

**266.** Chiunque, sia maggiore o minore di età, rinunzia alla eredità testamentaria e l'adisce *ab intestato* per defraudare i legatarii, può essere obbligato da una *actio utilis ex testamento* a soddisfare i legati ed in generale i pesi ereditari, come avesse adito l'eredità testamentaria.

Gli è permesso però di avvalersi, quanto ai legati, della legge Falcidia.

L. 1, § ult., *si quis omissa causa test.* (29, 4) - Si quis per fraudem amiserit hereditatem, ut ad legitimam perveniat, legatorum petitione tenebitur (6).

(1) L. 5, C. *h. t.* (6, 31).
(2) L. 3-4, C. *de repud. hered.* (6. 31).
(3) L. ult., *de suis et legitim. hered.* (38, 16); L. 3, C. *de pollat.* (6, 20).
(4) L. 17, § 1, *h. t.* riprodotta nel testo.
(5) L. 16, *eod.*
(6) Confr. L. 5-6, pr., § 1, *eod.* (29, 4).

L'erede non è soggetto a quest'obbligo, quando non ripudiò la eredità testamentaria per frodare i legatarii, nè coll'intenzione di adire la eredità intestata, ma lo fece col consenso del testatore, ovvero per prevenire l'ingiuria altrui.

L. 6, § 1, *si quis omissa causa test.* (29, 4) - Plane si nominatim id ei permisit, dicemus non eum incidere in edictum, quia usus est facultate ea quam ei testator concessit; quod si non ei concessit specialiter testator omittere, is ordo erit sequendus, quem Iulianus ostendit (1).

**267.** Per rinunziare l'eredità è necessario, come nell'acquisto, la capacità. E per conseguenza:

1) Se l'erede è un pupillo, non può da solo rinunziare all'eredità; egli lo potrà *tutore auctore*.

L. 1, § 4, *de successorio edicto* (38, 9) - Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. Et magis est, ne possit sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest.

L. 5, C. *h. t.* (6, 31) - Pupillorum repudiatio delatae hereditatis sine tutore auctore facta nihil eis nocet (2)

2) Se l'erede è un furioso, la rinunzia formale non può esser fatta dal curatore, il quale d'altra parte può da solo accettare la eredità (3).

3) Se è un figlio di famiglia, il ripudio deve avere anche l'assenso del padre; in altri termini vi dev'essere sempre il concorso delle due volontà, e quindi non può ripudiare la eredità neppure il padre solo.

L. 13, § 3, *h. t.* (29, 2) - Neque filiusfamilias repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet. Utrique autem possunt repudiare.

Se il ripudio vien dal solo figlio, il padre può acquistare la eredità, la quale entra nel suo patrimonio. Se rinunzia il solo padre, il figlio può acquistare la eredità medesima, la quale addiviene *peculium adventitium* del figlio (4).

La eredità, che si rinunzia, riguarda tutto l'asse; il ripudio di una parte è inefficace, come è inefficace l'acquisto di una sola parte della eredità.

L. 10, *h. t.* (29, 2) - Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse.

L. 80, pr. *eod.* - Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum. Nec interest, in quibusdam habeam substitutum, nec ne. — § 1 - Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem, omnem acquiro, si tamen delatae sint.

Se l'erede delato ha rinunziato alla eredità, la quale gli vien anche dopo delata p. e. in qualità di sostituito, o quale erede intestato, può bene accettarla.

L. 76, § 1, *h. t.* - Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim, aut vindicare.

**268.** La rinunzia all'eredità è irrevocabile; per mezzo di essa è annullata completamente la delazione (5). Quindi è conseguenza del ripudio dell'eredità che l'erede si considera come mai esistito; e perciò cessano a suo riguardo tutti i vantaggi e gli oneri della eredità. Pur tuttavia i legati e i fedecommessi che gli sono lasciati non vengono annullati dal ripudio, se non quando ciò è dichiarato espressamente dal testatore.

L. 87, *de legat.* (30) - Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur iudicium ab eo qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.

L. 12, C. *de legat.* (6, 37) - Quum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur, intelligis desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi haec sunt. Filiae mater praedium ita legavit: *praecipito sumito extra partem hereditatis;* quum hereditati matris filio renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est.

Se tutti gli eredi istituiti rinunziano all'eredità, il testamento addiviene *destitutum*, e tutte le disposizioni ivi contenute, anche le accessorie, si annullano completamente.

### § 72. — *Dell'acquisto dell'eredità degli eredi necessari e del beneficio abstinendi.*

Bibliografia.

Averanii, *Interpret. iur.*, lib. I, cap. 9. — Boehmer, *De suo hered. ab hereditate se abstinente vel se in unisoente, Elect. iur. Civ.*, I, exer. 4. — Löhr, *Suus heres*, *Arch. f. Civil. Praxis*, II, n. 14-9. — Francke, *Beiträge*, IV, pag. 145. — Vangerow, *Archiv. f. Civil. Praxis*, XXIV, pag. 126. — Laspekres, *eod.*, XXI, pag. 80. — Marezoll, *Zeitschr. f. R. u. Process.*, II, pag. 85, ss. — Husche, *eod.*, N. F., VII, pag. 84. — Mühlenbruch *in Glück*, XLII, pag. 325; XLIII, pag. 124; XXXV, pag. 140. — Vering, pag. 478. — Witte, *Rechtslexicon*, I, pag. 356. — Tewes, II, § 55.

269. Acquisto della eredità per gli eredi necessari; distinzione tra *sui mediati* e *immediati*. — 270. Del *ius abstinendi;* natura di questo diritto; quando esso si perde.

**269.** I figli di famiglia e gli schiavi istituiti *cum libertate*, e di più i postumi i quali nati sarebbero sotto la patria potestà del defunto, sono chiamati *heredes necessarii*, colla differenza che i figli di famiglia ed i postumi sono detti *heredes sui et necessarii*, mentre gli schiavi sono appellati senza altro *heredes necessarii*.

Gai, *Inst.*, II, 152 - Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei. — 153 - Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus: ideo sic appellatus, quia, sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est. — 156 - Sin autem et necessarii heredes sunt veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt: sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit, cum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt (6).

Per questi eredi la eredità si acquista indipendentemente dalla loro volontà; per conseguenza è indifferente

(1) L. 17, *eod.*
(2) L. 8, *de bon. poss.* (27, 1).
(3) L. 7, § 3-7-8, C. *de curat. furios.* (5, 70).
(4) L. 18, § 4, C. *de iur. delib.* (6, 30); L. 8, pr., § 1-6, C. *de bonis quae liber.* (6, 61).

(5) L. 13, pr., § 2, *h. t.;* L. 4, C. *h. t.* (6, 31); L. 174, § 1, *de reg. iur.* (50, 17).

(6) § 11, *Inst.*, *de hered. qualit. et diff.* (2, 19); L. 14, C. *de necess. serv.* (6, 27).

se essi siano maggiori o minori, puberi o impuberi, furiosi o sani di mente. L'acquisto dell'eredità per essi avviene *iuris necessitate*, nè hanno bisogno della scienza o meno dell'avvenuta delazione.

L. 14, *de suis et legit. hered.* (38, 16) - In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt (1).

L., § 3 (3,1) - Sui autem etiam ignorantes heredes fiunt et licet furiosi sint, heredes possunt existere, quia, quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas: nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso iure.

Quindi per questi eredi la delazione e l'acquisto della eredità cadono nel medesimo momento.

Poichè l'erede necessario non accetta nè rifiuta la eredità con una dichiarazione di volontà espressa o tacita, è chiaro che per lui l'immischiarsi nell'eredità è una *pro herede gestio*, come è per gli eredi volontarii; questo fatto, cioè la gestione, rivela nell'erede necessario la intenzione di mantenere la eredità già acquistata.

Tra i *sui* si fa la distinzione tra *sui immediati* e *sui mediati*. I primi sarebbero i figli sottoposti alla patria potestà nel tempo della morte, senza che tra essi vi fosse una persona intermedia (2).

I mediati sarebbero coloro i quali, pur dipendendo dalla potestà del defunto, non discendono immediatamente da esso; ma v'è tra loro una persona intermedia, p. e. il nipote figlio del figlio, sebbene dipenda dalla potestà dell'avo, pure, mentre vive il padre sotto la medesima potestà, è un *suus mediato*, perchè tra lui e l'avo c'è il padre.

Questa distinzione è sembrata importante in quanto si nega ai mediati *sui* la qualità di *sui heredes*. Però è da fare la distinzione che, trattandosi di successione intestata, i così detti *sui mediati* non ereditano, essendo esclusi dalla persona intermedia. Nell'eredità testamentaria invece il testatore è obbligato a istituire erede non solo gl'immediati, ma ancora i mediati, i quali perciò devono esser considerati come *sui heredes*.

L. 6, § 5, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Interdum filiifamilias et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate, ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus; patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium.

L'acquisto dell'eredità da parte degli eredi necessari avvenendo *ipso iure*, ne conseguiva che essi eredi assumevano tutte quante le conseguenze, anche dannose, della eredità.

Ad ovviare a tale inconveniente nell'antico diritto si concesse il modo di rendere volontario un erede necessario col sottometterlo ad una condizione potestativa, p. e. *si capitolium ascendent*, perchè solo in questo caso l'erede necessario poteva decidersi di accettare o ripudiare la eredità ascendendo o non in Campidoglio.

L. 86, *de hered. inst.* (28, 5) - Iam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent, si heredes non essent, alium, quem visum erit, iis substituere; negatumque, hoc casu necesse esse sub contraria conditione filium exheredare, primum, quia tunc tantum id exigeretur, quum in potestate eius non essent, an heres patri existeret exspectantis exstriasecus positae conditionis eventum, deinde quod, etsi quacumque posita conditione deberet filius sub contraria conditione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperire posset; certe si verbis exprimeretur, inepta fleret, huic enim conditione: *si volet heres esto*, quae alia verba contraria concipi possunt, quam haec: *si nolet heres esse exheres esto?* quod quam sit ridiculum, nulli non patet.

**270.** Il Pretore venne in aiuto di tali eredi stabilendo la massima di considerare eredi necessari quel *suus* che *voleva* essere erede. Di qui il *beneficium abstinendi*, il quale è regolato dalle seguenti norme.

1) L'erede necessario, sotto qual nome comprendiamo in questa dottrina il solo *suus*, potrà con una dichiarazione senza forme deliberare ch'egli non intende di mantenere la eredità a lui devoluta e necessariamente acquistata. Tale deliberazione è efficace anche senza una *causae cognitio* del Pretore.

L. 12, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Si, qui se non miscuit hereditati paternae, sive maior sit, sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit, se non miscuisse hereditati.

Perchè una tale deliberazione sia valida bisogna innanzi tutto, come si rileva dal testo or ora riportato, che l'erede *suus* non si sia immischiato nella eredità; meno che non fosse impubere, perchè in tal caso questi potrà astenersi anche dopo essersi immischiato.

L. 57, *eod.* (29, 2) - Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditarii iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem etiam si se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint (3).

Similmente perde il *ius abstinendi* l'erede che abbia distratte le cose ereditarie.

L. 71, § 3-9, *eod.* (29, 2) - Praetor ait: *si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur.* — § 4 - Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit. — § 5 - Non dixit Praetor: *Si quid amoverit, sed si per eum eamve factum erit quo quid ex ea amoveretur*, sive ergo ipse amoverit, sive amovendum curaverit, edictum locum habebit. — § 6 - *Amovisse* eum accipimus, qui quid celaverit, aut interverterit, aut consumserit. — § 7 - Ait Praetor: *quo quid ex ea amoveretur*, sive autem una res, sive plures fuerint amotae, edicto locus est, sive ex ea hereditate sint, sive ad eam hereditatem pertineant. — § 8 - Amovere non videtur, qui non callido animo nec maligno rem reposuit, ne is quidem qui in re erravit, dum putat non esse hereditariam. Si igitur non animo amovendi, nec ut hereditati damnum det, rem abstulit, sed dum putat non esse hereditariam, dicendum est, eum amovisse non videri (4).

2) Quanto al tempo non vi è periodo a deliberare, meno che il *suus* non lo domandi, ed in tal caso valgano le regole notate nel paragrafo antecedente.

3) Il diritto di astenersi è comunemente esercitato quando la eredità è passiva o anche quando sia aperto il concorso dei creditori. Però il *suus heres* anche tre anni dopo l'astensione potrà riprendere la eredità, purchè il concorso non sia stato aperto.

4) Se un *suus heres* è convenuto per i debiti di suo padre, per esimersi dall'adempimento di essi, non

(1) § 2, *Inst.*, *de hered. qualit. et diff.* (2, 19).
(2) § 2, *Inst.*, *de hered. qual. et diff.* (2, 95).
(3) L. 87, pr. *eod.*; L. 1, C. *de acq. hered.* (6, 31).
(4) L. 91, *eod.*

**ha bisogno di provare che si sia astenuto dall'eredità, ma potrà dichiarare l'astensione allora per allora, anzi anche dopo di essere stato condannato.**

L. 44, *de re iudicata* (42, 1) - Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore auctore, et condemnata est; postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt; quaeritur, an his ex causa iudicati teneantur. Rescripsit, dandam in eos actionem, nisi culpa tutorum pupilla condemnata est.

**Al creditore attore incombe la prova che l'*heres suus* si fosse prima immischiato nella eredità.**

**5) Il *suus heres*, il quale è stato istituito sotto una condizione potestativa, non può esercitare il *beneficium abstinendi*.**

L. 86, § 1 (28, 5) - Non ab re autem hoc loco velut excessus hic subiungetur, suis ita heredibus institutis, si voluerint heredes esse, non permittendum amplius abstinere se hereditate, quum ea conditione instituti iam non ut necessarii, sed sua sponte heredes exstiterunt; sed et ceteris conditionibus, quae in ipsorum sunt potestate si sui pareant ius abstinendi assequi non debent.

6) Come un beneficio è trasmesso agli eredi del *suus heres*, siano essi necessari o volontari.

L. 7, § 1, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Si filius, priusquam sciret, se necessarium exstitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur (1).

Quanto alle conseguenze di questo diritto si ha che l'erede che si è astenuto non perde la qualità di erede, e ciò anche rispetto ai diritti che spettano ad altri. Cosicchè se egli fosse un solo erede necessario istituito, astenendosi, il testamento non addiviene *destitutum*. Per la qual cosa si hanno le seguenti conseguenze:

1°) Le azioni nascenti da obbligazioni sì attive che passive sono devolute a lui e contro di lui dirette (2).

2°) Egualmente tutte le conseguenze dell'accettazione dell'eredità, sia riguardo ai coeredi, sia relativamente alla confusione dei patrimoni avvengono non ostante l'astensione.

L. 87, § 1, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Pupillis, quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet (3).

3°) Per i principii innanzi esposti, che non ostante l'astensione non si vizia il testamento per la massima *non est sine herede, qui suum heredem habet licet se abstinente* (4), segue:

a) Il *ius abstinendi* non annulla la sostituzione pupillare.

L. 41, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.

L. 12, *de vulgari vel pupill. sub.* (28, 6) - Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet.

b) Rimangono ancora i fidecommessi universali.

L. 27, § 3, *ad Senatusconsult. Trebel.* (36, 1) - Si pater, filium, quem in potestate habebat, heredem scripserit, et ab eo petierit, ut hereditatem Sempronio restitueret, isque suspectam sibi esse dicet, poterit ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restitui. Quare et si non immiscuerit se hereditati, nihilominus actiones, quae ei, et in eum competebant, ad Sempronium trasferentur.

**Avvenuta l'astensione la eredità è devoluta secondo le circostanze a coloro cui sarebbe caduta, se veramente l'erede necessario fosse mancato all'eredità. Per la qual cosa:**

a) Se vi sono sostituiti, la eredità sarà devoluta ad essi (5).

b) Se vi sono coeredi, la porzione dell'astenuto si accresce ai suoi coeredi.

Ciò non pertanto su questo punto, per principio di equità, furono presi dal Pretore provvedimenti, perchè il *ius abstinendi* non tornasse a danno degli altri coeredi. Ed in vero, se i coeredi avessero già acquistata la eredità prima che l'*heres suus* si fosse astenuto, essi possono non essere obbligati ad accettare l'accrescimento. Perciò fu loro concesso la scelta o di permettere il diritto di accrescimento, ovvero di rinunziare alla porzione che avevano già acquistata.

L. 55, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Quum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo, sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat, aut a tota recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat.

Questo diritto del coerede è trasmissibile ai suoi eredi, quando al tempo della morte, avendo acquistata la sua porzione ereditaria, il *suus* non si era ancora astenuto.

L. 56, *eod.* (29, 2) - Si is, qui immiscuit se hereditati, decessisset, deinde alter se abstinet, eadem conditio deferenda est heredi eius, quae et ipsi, quod Marcellus ait.

L. 38, *eod.* - Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, hunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat; qui enim scit, aut scire potuit, illo abstinente, se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur.

c) Se non vi sono nè sostituiti, nè coeredi, la eredità, dopo l'astensione, è devoluta agli eredi intestati, tra i quali è da ammettere lo stesso astenutosi (6).

È controverso quest'ultimo punto, cioè se l'astensione del *suus* possa avere la conseguenza che la eredità sia deferita agli altri eredi *ab intestato*.

La difficoltà che si è trovata nell'ammettere la successione intestata in questo caso sta nel carattere giuridico dell'astensione.

Dal momento che il *ius abstinendi* non rende il testamento *destitutum*, e quindi la delazione dell'eredità rimane ciò non pertanto testamentaria, non si concepisce una successione intestata. E questa era comune

(1) L. 19, C. *de iur. delib.* (6, 30). Vedi Mühlenbruch, XLII, pag. 148.

(2) L. 57, pr. *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) già innanzi riportata.

(3) L. 9, *de dot. collat.* (37, 7).

(4) L. 30, § 10, *de fideicom. lib.* (40, 5).

(5) L. 44, *de re iud.* (42, 1) riportata innanzi.

(6) L. 6, C. *de legit. hered.* (6, 58); L. 6, § 2, *de bonis libert.* (38, 2); L. 2, § 8, *ad Senatuscon. Tertul.* (38, 17); L. 1, § 7, *si quis omis.* (29, 4).

opinione tra i Glossatori fino quasi al secolo decimosesto (1).

Certo, a voler essere rigorosissimi, non si può dubitare della esattezza della dottrina, che nega agli eredi *ab intestato* la successione dopo che il *suus heres*, unico istituito, si è astenuto dall'eredità. Però è da convenire che nel diritto successorio romano non è questa l'unica anomalia, e che la massima *nemo proparte testatus pro parte intestatus decedere potest* non sia stata mai violata. Come nella *bonorum possessio contra tabulas* (sebbene certamente in altra misura) la divisione dell'eredità è fatta secondo la regola dell'eredità intestata, mentre la *delatio* rimane testamentaria, così in questo punto la eredità è data agli eredi intestati, mentre il testamento rimane nella sua piena validità.

Le testimonianze delle fonti sono favorevoli all'opinione che sosteniamo; quantochè ammettono un passaggio della *delatio* all'altro grado o all'altro ordine successivo dopo l'esercizio del *ius abstinendi* da parte del *suus heres*.

L. 6, C. *de legit. hered.* (6, 58) - Defunctis, suis exstantibus heredibus, et abstinentibus vel repudiantibus hereditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest.

L. 6, § 2, *de bonis liber.* (38, 2) - Si filius liberti heres ab eo institutus abstinuerit, quamvis nomine sit heres, patronus admittitur.

L. 1, § 9, *ad Senatc. Tertul.* (38, 17) - Si nemo filiorum, eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum est. Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu, vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat, itaque si ex duobus alter adierit, alter ripudiaverit hereditatem, ei portio accrescet, et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur.

Il passaggio della delazione in tutti questi testi sarebbe inconcepibile se si volesse tenere fermo il principio rigoroso su enunciato (2).

## § 73. — *Della trasmissione.*

BIBLIOGRAFIA.

T., C. *De iis qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt* (6, 52). Nov. 158.

Bucher, *De iure transmissionis*, Marburg. 1805 — Steppes, *Die trasmission der Erb. nach röm. Recht.*, 1831. — Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 143, ss. — Rosshirt, *Testament. Erbr.*, pag. 191. — Arndts, § 512. — Vindscheid, § 601, not. 4. — Thewes, II, § 56. — Marezoll, *In Zeitschr. f. Civilr. u. Process.*, II, n. 3. — Vangerow, *In Archiv. f. civil. Praxis*, XXIV, XXV, n. 14. — Niemeyer, *De transm. Theod.*, Hal. 1812. — Diehl, *De transm. Theod.*, Heidel 1814. — Wolff, *De trasm. Theod.*, Marb. 1853. — Löhr, *In Zeitschr. f. Civilr. u. Process.*, VII, n. 3. — Idem, *In Archiv. f. civil. Praxis*, II, n. 14. — Wieding, *Die transmis. Iustinian.* Leipz. 1859.

271. Precedenti storici e nozione della trasmissione; principii generali. — 272. Casi di trasmissione; *transmissio ex capite infantiae*; origine e dimportanza di questa trasmissione. — 273. *Transmissio Theodosiana*; precedenti di questa trasmissione; modificazione apportata da Giustiniano; controversia sull'applicazione della legge teodosiana. — 274. *Transmissio Justinianea*; controversia sull'applicabilità di questa trasmissione circa la necessità della conoscenza dell'avvenuta delazione da parte del delato. — 275. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis*.

271. Come si è innanzi osservato la delazione dell'eredità è un diritto che non si trasmette agli eredi; di guisa che, se l'istituito ovvero l'erede intestato muore dopo la delazione, la sua eredità o la sua quota si accresce ai coeredi, ovvero, se è l'unico erede testamentario, il testamento addiviene *destitutum*, ovvero, se è l'unico rappresentante di un ordine o di un grado, la eredità passa all'ordine o al grado seguente. La delazione dunque non si trasmette ai proprii eredi, quindi la massima: *hereditas nondum adita non transmittitur*.

Nel diritto antegiustinianeo la delazione di una legittima eredità poteva essere ceduta in *iure* ad un altro prima dell'adizione, la quale così veniva trasmessa. Non così la delazione di una eredità testamentaria perchè non poteva essere ceduta in *iure*.

Gai, *Inst.*, II 34 - Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. — 35 - Non si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est ante quam heres exstiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset: post obligationem vero si cesserit, nihil ominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt. Eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent. — 36 - Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii, nihil agit; postea vero quam adierit, si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obbligationem in iure cedat (3).

Nella legislazione Giustinianea, caduta la *in iure cessio*, la delazione dell'eredità nè testata nè legittima si trasmette ai proprii eredi.

Questa regola fu mantenuta rigorosamente. Solo al tempo dell'Impero fu introdotta qualche eccezione *equitatis causa*, e queste eccezioni formano i casi di trasmissione in cui un erede, cui è stata deferita la eredità ma che non l'ha ancora acquistata, trasmette il suo diritto ad acquistarla ai suoi eredi o anche a terze persone, di guisa che colui cui viene trasmessa la eredità acquista la medesima come se fosse a lui deferita.

Ond'è che tali casi formano una vera eccezione alla regola suenunciata: *hereditas delata, sed nondum adita, non transmittitur ad heredes.*

In generale i principii fondamentali che regolano questa dottrina sono i seguenti:

1°) La trasmissione si ha per la morte del delato, non si dà trasmissione *inter vivos*.

2°) La trasmissione è una successione della *delatio*, di guisa che questa passa dal vero delato al suo erede, e quindi suppone la validità della prima.

3°) Il successore nella vera azione non solo esclude il sostituito, ma ancora il diritto di accrescimento tra i coeredi.

(1) Gloss. di Accursio ad L. 44, *de re iud.* e ad L. fine *de succ. edict.* Alciati, *Paradoxorum*, lib. 14, cap. 15. Cuiaccio, lib. 6, *responsor. Papiniani ad L. fin. de successorio edicto.* Idem, *Observat.*, lib. 12, cap. 20. Faber, *Coniectur.*, lib. 3, cap. 4. Idem, *Error. Pragmat.*, dec. 29, Err. 7-8. Papillonius, *De direct. hered. subst.*, cap. 9 (Thes. Ottonis, IV, pag. 714-716). Chesius, *Interpret. iur.*, lib. 2, cap. 21. Vinnius, *Sel. iur. quaest.*, lib. 1, cap. 14; lib. 2, cap. 23. Fabricius, *Ursprung und End. der bonorum possessio*, pag. 67, not. 86.

(2) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XLII, pag. 368, ss. Tewes, II, § 55, pag. 62. Arndts, § 511, not. 6.

(3) Ulp., *Fragm.*, XIX, n. 13-14.

4°) La trasmissione avviene tanto se manca l'istituito, quanto se manca il sostituito prima dell'acquisto dell'eredità.

5°) Il testatore può direttamente o indirettamente impedire la trasmissione quando, p. e., l'istituito oppone la condizione che debba acquistare la eredità.

**272.** I casi di trasmissione sono i seguenti:

A) *Transmissio ex capite infantiae seu ex iure patrio.*

Se un infante è istituito erede, egli, secondo il diritto antico, non poteva in questo periodo di età acquistare la eredità, non potendosi questa adire per rappresentanti.

Secondo Teodosio II e Valentiniano III si stabilì che quando un figlio di famiglia, essendo ancora infante, riceve un'eredità da un terzo, p. e. dalla madre, durante la infanzia la eredità può essere accettata dal padre o dal tutore, quindi una eccezione alla regola generale, che la eredità non possa essere acquistata per rappresentanti.

Se poi il pupillo muore durante la infanzia senza che fosse stata acquistata la eredità, il padre o l'avo possono acquistarla *iure proprio* per sè, indipendentemente se il figlio fosse o no sotto la loro patria potestà.

L. 18, § 1, 3, C. *de iur. delib* (6, 30). - Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutae, hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis, licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere. — § 1 - Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia, ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, iure patrio quasi iam infanti quaesita capere. — § 3 - Si vero vel non sit tutor, vel, quum sit ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea aetate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas et non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatae, et eo modo ad illas personas perveniant, quae vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. Ea vero, quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt, et si quacunque causa sui iuris idem infans inveniatur.

**273.** B) *Transmissio Theodosiana sive ex iure sanguinis.*

Per mezzo di una costituzione di Teodosio i discendenti istituiti in un testamento, quando essi morissero prima dell'apertura del medesimo o della morte del testatore, trasmettono la eredità o la porzione ereditaria loro devoluta ai proprii discendenti, indipendentemente dal fatto se essi conoscessero o no di essere istituiti eredi.

La costituzione di Teodosio ha i precedenti nella L. Giulia e Papia Poppea, la quale stabiliva che un erede istituito in parte non potesse acquistare la eredità *ante apertas tabulas*, cioè prima che ci fosse stato la solenne apertura del testamento anche se conoscesse in qual parte fosse egli istituito (1).

Se egli fosse morto prima di questo momento, non avendo adita la eredità, nè potendola trasmettere ad altri, la eredità medesima era devoluta al fisco.

Teodosio volle modificare la durezza di quella disposizione in favore dei discendenti, stabilendo che, se uno avesse istituito in un testamento i suoi discendenti, e se costoro avessero anche figliuoli, ma venissero a morire prima che fosse aperto il testamento, potessero cionondimeno trasmettere la eredità loro delata ai proprii discendenti.

L. unica, C. *de his qui ante apert. tabul.* (6, 52) - Per hanc iubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint, in liberos suos, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse trasmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione obstante, sibi tanquam debitam vindicare; quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; si quidem per indignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.

Giustiniano accolse nel modo, come l'abbiamo trascritta, la costituzione di Teodosio, ma tolse la causa principale per cui fu questa legge emanata dal principio, cioè, che non si potesse acquistare la eredità prima dell'apertura del testamento; ed in secondo luogo tolse l'altra limitazione, cioè, che dovesse essere limitato questo provvedimento a colui che fosse istituito *pro parte*.

Come dunque giace la legge nel Codice Giustinianeo non si son potute evitare alcune quistioni.

1°) Si è preteso che la legge Teodosiana fosse applicabile anche quando l'erede istituito fosse premorto al testatore, di guisa che il discendente dovess'essere considerato come tacitamente sostituito (2).

Questa dottrina non è stata accolta comunemente. Dal complesso di tutta la legge si scorge infatti chiaro il pensiero del legislatore di limitare il beneficio della trasmissione a coloro che mancarono prima dell'acquisto dell'eredità e dopo la delazione della medesima. Ed in effetto le parole della legge: *derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere* indicano a sufficienza che la delazione fosse avvenuta; perchè prima essa non si può dire *derelictam portionem*, non essendo possibile una *portio derelicta* prima che sia morto il testatore (3).

E così le parole della legge: *ante apertas tabulas* devono essere limitate per la ragione innanzi detta all'apertura delle tavole dopo la delazione.

Nè le altre parole che formano l'argomento dell'avversa opinione, *licet non sint invicem substituti*, sono tali da farci decidere in contrario: perocchè quelle parole non vogliono intendere che la trasmissione crei la sostituzione, ma piuttosto che la eredità o la porzione ereditaria si trasmette al discendente indipendentemente se vi fosse o no sostituzione, e che la trasmissione impedisce non solo il diritto di accrescimento tra i coeredi, ma anche la sostituzione, se mai vi fosse (4).

(1) L. 1, § 4, *de iur. et fact. ignorant.* (22, 6).

(2) Hugo, *Rechtgeschichte*, pag. 991. Marezoll, *Zeitschrift. f. Civilr. u. Process.*, II, pag 61. Löhr, *Ibid.*, pag. 122. Mackeldey, *Lehrb.*, § 691.

(3) Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 145-208, ss. Vangerow, *Archiv. f. Civil. Praxis*, XXX, pag. 443, ss. Löbenster, *Zeitschrift f. Civilr. u. Process.*, IX, pag. 198, ss. Huschke, *Ibid.* (u. s.), pag. 64. Neemeker, *De transmis. Theod.*, § 24. Rosshirt, *Testam. Echt.*, II, pag. 204. Thibaut, *Syst.*, § 826. Tewes, II, § 57.

(4) Vedi nota precedente. Tewes, loc. cit., pag. 72.

2°) La trasmissione avviene anche indipendentemente dal fatto se le tavole siano o no state aperte, perchè Giustiniano tolse via l'impedimento dell'accettazione dell'eredità prima dell'apertura del testamento (1).

3°) La trasmissione avviene ancora per tutti i discendenti, senza escludere l'*heres ex asse* o i *sui heredes*, come pretende qualcuno, per la ragione che i *sui heredes* sono naturalmente esclusi acquistando essi la eredità *ipso iure* (2).

Però, sebbene ciò nella legislazione Giustinianea abbia perduto tutta la sua importanza, perchè l'impedimento dell'acquisto della eredità (che valeva anche per gli eredi *sui*), prima dell'apertura del testamento fu tolto via, pure essendo rimasto questo istituto come un temperamento per mantenere la eredità delata ad una persona della famiglia del medesimo, la determinazione generale della legge come fu accettata da Giustiniano deve essere applicata in generale a tutti i discendenti senza alcuna eccezione.

Si pretende anche che il diritto di trasmissione avvenga solo nella eredità testamentaria e non nella legittima (3).

In vero la origine della trasmissione Giustinianea darebbe ragione a questa opinione; perocchè essa serviva ad assicurare la eredità contro l'impedimento legale di non potersi acquistare la medesima prima dell'apertura del testamento. Tolta questa necessità nel sistema Giustinianeo, la trasmissione Teodosiana ha mutato alquanto la sua natura, quantochè tenta ad assicurare la eredità o la porzione ereditaria ai più lontani discendenti.

Il motivo che si trova in fine della legge innanzi riportata: *perindignum est fortuitas ob causas nepotes avita successione fraudari*, si trova applicabile ancora alla successione intestata, perchè anche in questa il discendente si può trovare nella condizione casuale di non poter accettare la eredità (4).

**274**. C) *Transmissio Iustinianea.*

Quando il chiamato all'eredità sia per testamento, sia per legge, muore pria che sia passato un anno dal giorno in cui ebbe conoscenza della delazione, ovvero, quando gli fu concesso il tempo a deliberare, muore durante questo termine senza aver dichiarato se voglia o no accettare la eredità medesima, i suoi eredi possono nel resto dell'anno o nel resto del termine deliberare. Questa trasmissione al diritto di deliberare è chiamata *trasmissio Iustinianea ex iure deliberandi.*

L. 19, C. *de iur. deliberandi* (6, 30) - Quum in antiquioribus legibus, et praecipue in quistionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt; eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa; et si quidem is, qui sciens, hereditatem sibi, esse vel ab intestato, vel ex testamento delatam, deliberatione minime patita, intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Si autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

È controverso in questo caso di trasmissione se sia assolutamente una condizione essenziale che il delato abbia conoscenza della delazione avvenuta, ovvero sia indifferente questa conoscenza; e più, se il delato muore prima di aver conoscenza della delazione avvenuta, se la trasmissione avvenga dandosi al discendente un intero anno per deliberare.

La comune opinione è di avviso che in tal caso la trasmissione non avvenga. E di vero, tutto il contesto della legge trascritta fa noto chiaramente, che la conoscenza della delazione sia necessaria perchè avvenga la trasmissione.

A ragione si è opposto al Vangerow che sosteneva la opinione contraria (5) che una legge che crea un diritto singolare non si può estendere a casi diversi di quelli contemplati nella legge e oltre i termini di essa.

Però nella Nov. 118 Giustiniano ammise un caso di trasmissione del *ius deliberandi*, quando il delato non poteva avere conoscenza dell'avvenuta delazione.

A noi pare che questa determinazione Giustinianea abbia modificato il diritto anteriore nel senso che anche quando il delato sia nella condizione di non conoscere la delazione avvenuta, la trasmissione abbia luogo, computando l'anno per il discendente del delato dal momento della delazione effettivamente avvenuta.

A ciò veramente si è opposto, che la Nov. 158 crei un altro diritto singolare, quantochè tratta del caso di un impubere che in nessun modo poteva avere conoscenza della delazione avvenuta. Però il caso della Novella non si deve prendere come esclusivo, sibbene esso indica uno stato in cui l'individuo può non aver conoscenza della delazione avvenuta; sicchè la impubertà debba aversi come una causa di questo stato simile a qualunque altro in cui uno è nella impossibilità di avere conoscenza della delazione (6).

Tanto più in quantochè nella Nov. citata Giustiniano nell'accordare a Sergia il diritto a deliberare aggiunge: *neque enim quis Theodosii piae memoriae nostramque legem in eodem libro positam sibi contrariam esse dicat, quum nihil in eo contrarii positum esset.*

Si è opinato anche, che quando lo spazio a deliberare sia dato dal testatore, non vi è caso di trasmissione, e ciò sul fondamento che nella legge riportata il diritto di trasmissione è stato stabilito: *si deliberationem meruerit.*

Quest'opinione non merita di essere accolta, perchè non si sa vedere la differenza tra uno spazio a deli-

(1) Cujacio, *Paratitl. ad h. L.* Glück, *Intestaterbfolg.*, pag. 99. Puchta, *Pand.*, § 495, not. 6. In contr. Mühlenbruch *in Glück*, loc. cit., pag. 212.

(2) Niemeyer, loc. cit., § 10.

(3) Tewes, loc. cit., n. 5.

(4) Vedi Puchta, op. cit. Vedi in contr. Mühlenbruch *in Glück*, pag. 216.

(5) *Archiv. f. Civil. Praxis*, XXIV, n. 3.

(6) Vedi Vangerow, loc. cit. Windscheid, § 600, nota 4. Vedi in contr. Mühlenbruch *in Glück*, op. cit., pag. 219. Puchta, § 504. Tewes, § 57.

berare domandato o concesso e la deliberazione imposta dal testatore; tanto più che non è strano riferirsi la parola *meruerit* all'uno ed all'altro modo di deliberazione.

Ciò al più si potrà ammettere quando lo *spatium a deliberare* sia stato imposto dal testatore come una condizione (1).

**275.** D) *Transmissio ex capite in integrum restitutionis.*

Questa trasmissione consiste in ciò: quando qualcuno abbia o accettata una eredità o ripudiatala, ma che abbia il diritto di farsi restituire in intiero, e muore prima che decorra il termine ad esercitare questo mezzo straordinario, trasmette ai suoi eredi il *ius restitutionis in integrum* per il tempo che ancora vi resta.

Fino al tempo di Antonino Pio era stabilito che quando l'erede cui era stata delata la eredità era assente per interesse dello Stato, ed aveva fatto passare il tempo per l'*agnitio* della *bonorum possessio*, era nel diritto di farsi restituire in intiero se fosse morto *post exactos dies*. Se poi egli moriva durante il tempo per l'*agnitio*, non trasmetteva ai suoi eredi il *beneficium restitutionis in integrum*, perchè questo *beneficium* non nasceva per lui se non *post exactos dies*, mentre in quest'ultimo caso era morto prima di esso termine; e perciò non poteva trasmettere un beneficio che non aveva ancora acquistato. Gli eredi non potevano implorare *auxilium restitutionis ex persona defuncti*.

Essendo questa disposizione poco equa per gli eredi, Antonino Pio, per mezzo di un rescritto, stabilì che il *beneficium in integrum restitutionis* si trasmettesse anche quando il testatore morisse durante il tempo ad adire (2).

Nel momento della morte del testatore nel caso suesposto è cessata la delazione e il diritto a deliberare. Il *beneficium restitutionis in integrum* viene acquistato agli eredi al momento della morte del testatore. Però il periodo di restituzione è incominciato al tempo in cui il delato era vivo, e muore durante tale periodo; sicchè gli eredi hanno trasmesso questo diritto per il tempo che manca al periodo già incominciato (3).

### Diritto di accrescimento.

#### § 74. — *Del diritto di accrescimento in generale.*

Bibliografia.

T., C. *De caducis tollendis* (6, 51); C. *Quando non petent. partes petent. adcresc.* (6, 10).

S. Gentilis, *De iure accrescendi in Tractat. de err. test.*, Argent 1669, N. 3. — Donellus, *Comment. Iur. civ.*, lib. 7, cap. 12-13. — Rossberger, *Ius accrescendi ex font. iur rom.*, Lips. 1827. — Baumeister, *Das Anwachsungsrecht unter Miterben*, Tübing 1828. — Mayer, *Das Recht der Anwachsungsr. bei test. u. gesetzl. Erbrechte und bei Legaten*, Tübing 1835. — Puchta, *De accrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit*, Lips. 1842. — Schmidt, *Civil. Abhandlungen*, I, n. 3. — Vangerow, II, § 494. — Tewes, II, § 58, ss. — Mühlenbruch in *Glück*, XLIII, pag. 243.

276. Significato giuridico della parola *accrescere*, *ius accrescendi*; significato che aveva qualche volta nel diritto antigiustinianeo; vero significato del diritto di accrescimento; conseguenze. — 277. Fondamento giuridico del diritto di accrescimento. — 278. Regole relative a questo diritto. — 279. Modificazione al principio che la porzione dell'erede aderente alla eredità non è materia di accrescimento.

**276.** La parola *accrescere*, *ius accrescendi*, si trova nelle fonti in doppio significato. In primo luogo (ed è il significato più proprio) s'intende il diritto del coerede ad aumentare la sua porzione ereditaria, quando manca un altro coerede prima che questi avesse potuto acquistare la eredità.

S'intende ancora nel diritto antigiustinianeo la facoltà concessa alle figlie ed ai nipoti dimenticati di potere creditare insieme agli eredi iscritti come se essi stessi fossero istituiti.

Gai, *Inst.*, II, n. 124 - Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, quo praeteritae in istae personae scriptis heredibus in partem *adcrescunt*, si sui instituti sint, in virilem; si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia *adcrescendo* pro quarta parte fit heres; proque ea praetor etiam tuetur eam secundum ius civile, ex quo et ab intestato tantum partem habitura esset, at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia *adcrescendo* ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis sive masculini sive feminini sexus, dicta intelligemus.

Questo diritto però è detto di accrescimento in una maniera molto impropria; perocchè le persone nominate da Gaio non accrescono alcuna porzione, anzi concorrendo con gli altri eredi iscritti diminuiscono la porzione di questi ultimi (4).

Il vero diritto di accrescimento determina un aumento di porzione già attribuita per testamento o per legge, effettuato dalle porzioni rimaste vacanti dalla morte prima dell'adizione o dalla rinunzia dei coeredi cui quelle parti erano attribuite.

Non costituisce perciò diritto di accrescimento quella porzione di cui il testatore non ha disposto. In tal caso la parte non disposta è considerata come già distribuita tra i coeredi, inquantochè questi essendo eredi universali s'intendano istituiti anche sulla porzione di cui il testatore non ha disposto.

La porzione determinata per ciascun dei coeredi viene accresciuta di fatto, ma non per diritto di accrescimento, sibbene per primitiva istituzione, e quindi non è un vero accrescimento.

L. 13, § 2, *de hered. inst.* (28, 5) - Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc revolvitur, ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit; nam hereditas eius residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti (5).

Lo stesso si dica pel caso che nel testamento vi siano disposizioni, le quali, per diverse ragioni, devono essere considerate come non scritte.

In tal caso la porzione attribuita in queste disposizioni aumenta, è vero, la parte di quegli eredi che sono stati validamente istituiti, ma non è un vero diritto di accrescimento; perocchè tanto vale non avere il testatore disposto di una parte del patrimonio, quanto aver disposto in modo da essere considerata come non scritta la disposizione.

(1) Vangerow, l. c. — Mühlenbruch in *Glück*, XLIII, p. 224. Tewes, II, pag. 74.

(2) L. 1, C. *de rest. milit.* (2, 15).

(3) L. 18, § 5; L. 24, § 2, *de minoribus* (4, 4); L. 86, pr. *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2); L. 30, pr. *eod.*; L. 4, § 3; L. 3, *de bon. poss. contr. tabul.* (37, 4).

(4) Ulp., *Fragm.*, XXII, 17. Paul., *Recept. sent.*, III, tit. 4-8.

(5) § 5, *Inst.*, *de hered. inst.* (2, 14).

Potrebbe anche essere considerato come un improprio diritto di accrescimento il caso in cui la parte che si accresce fu disposta, per un coerede, il quale manca prima della morte del testatore; di guisa che vero accrescimento sarebbe, quando la mancanza del coerede avviene dopo la delazione dell'eredità e prima dell'acquisto (1).

Quest'opinione è stata da altri ripudiata (2), sostenendosi che il diritto di accrescimento operi da sè, *ipso iure*, quando in generale manca uno dei coeredi validamente iscritto.

**277.** Il fondamento giuridico del diritto di accrescimento si è voluto ritrovare nella massima: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* Ciò è poco esatto, perchè, se ciò fosse vero, il diritto di accrescimento si avrebbe solo nella successione testamentaria, mentre esso si ha tanto nella successione testamentaria che nella successione intestata.

Il vero fondamento del diritto di accrescimento sta nel principio fondamentale, nel carattere universale dell'erede, il quale ha diritto all'universalità dei beni e dei diritti del defunto. Il fatto che nella medesima eredità concorrono molte persone non toglie nulla al carattere universale di ciascuno degli eredi concorrenti; ognuno di essi acquista la universalità dei beni; solo si limitano a vicenda: *partes solo concursu fiunt* (3).

Per la qual cosa, se per accidentalità manca il concorso, l'erede che vi rimane necessariamente, senza bisogno di altro atto, acquista la universalità dei beni. La *delatio hereditatis* è una sola; essa non si scinde, e chi ne fa parte ha diritto a tutta la eredità, nel caso che mancano prima dell'*aditio* gli altri coeredi.

Il diritto di accrescimento fu modificato nel diritto antico dalla L. Giulia e Papia Poppea in un modo da trasformarla quasi completamente.

Secondo le disposizioni di questa legge, quando di molti istituiti nel testamento qualcuno dei coeredi non acquistava la sua porzione, sia per accidentalità, sia per incapacità, come p. e. il celibe, questa addiveniva *caduca*, e quindi di regola era deferita al fisco. A questi erano però preferiti gli *heredes vel legatarii patres*, ai quali perciò si concedeva la *caducorum vindicatio.*

Gli ascendenti e i discendenti del testatore fino al terzo grado inclusivo godevano ciò non pertanto il diritto di accrescimento assolutamente secondo il diritto antico. Lo stesso valeva per quelle disposizioni che erano considerate come non scritte (4).

**278.** Il diritto di accrescimento va soggetto alle seguenti regole:

1°) Esso è indipendente dalla volontà del testatore. Certamente però questi potrà prendere disposizioni atte ad impedire il diritto medesimo, ordinando delle sostituzioni, o, come vedremo più innanzi, stabilendo certe preferenze con le congiunzioni.

Però se il testatore medesimo dichiarasse *sic et simpliciter* di non volere che avvenga l'accrescimento in un caso in cui deve avvenire per legge, tale dichiarazione sarebbe assolutamente nulla.

2°) Egualmente il diritto in discorso è indipendente dalla volontà dell'erede, il quale deve assolutamente subire l'accrescimento, essendo assurdo che un erede accetti la eredità in parte ed in parte la ripudii. Non potendo ciò fare per la sua originaria porzione, non è nemmeno possibile che accetti questa e ripudii quella che gli si accresce.

L. 53, § 1, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2) - Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt (5).

3°) L'accrescimento succede *ipso iure*, e per conseguenza non è mestieri che le parti deficienti siano novellamente delate e adite da coloro ai quali si accrescono. Ond'è che le parti vacanti si accrescono agli eredi rimasti nella delazione, senza bisogno che questi ne abbiano conoscenza.

L. 31, *de acq. hered.* (29, 2) - Heredi cum postumo instituto reliquae partes accrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit, non esse praegnantem, licet heres ignoret.

L. 76, pr. *eod.* - Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio iure sexstantis exstitisset, quaero, an adire necesse habueris, ne sexstans tuus intereat? Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione, quum ab utraque causa una aditio sufficiat; sexstans itaque, qui sub conditione datus mihi est, ad me solum pertinet (6).

4°) La porzione mancante si accresce all'altra porzione non all'individuo; quindi la massima: *portio portioni accrescit.* Posto adunque che un erede muoia dopo avere acquistato la eredità, e dopo manca l'altro coerede prima dell'adizione, la porzione di quest'ultimo si accresce agli eredi del primo.

L. 9. *de suis et legit. hered.* (38, 16) - Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint, antequam accresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti, huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur (7).

**279.** Quando un erede ha già acquistata la sua porzione, questa cessa di potersi accrescere ad altri, non pertanto si riconoscono nel diritto alcune modificazioni a questo principio (8).

*a)* La prima eccezione è il caso notato già nel paragrafo 69, cioè quando il *suus heres* fa uso del beneficio *abstinendi*, ed al coerede è data la scelta di subire il diritto di accrescimento ovvero rinunciare alla sua originaria porzione.

*b)* Quando un erede domanda la restituzione in intiero contro l'adizione della eredità, il coerede ha il diritto di scegliere l'accrescimento di questa porzione, o limitarsi alla sua originaria; in quest'ultimo caso i creditori sono ammessi nel possesso della porzione che dovrebbe accrescersi al coerede.

L. 61, *de acquir. vel omitt. hered.* (29, 2) - Si minor annis posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est,

(1) Vangerow, II, § 494, not. Vitte, *Reschtlexicon*, ve *Anwachsungrecht.*

(2) Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 243, ss.

(3) L. 80, *de legat.* (32).

(4) Vedi Rudorff, *Caduc. vind.*, *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, VI, n. 6.

(5) L. 35, pr. *eod.*; L. 59, § 7, *de hered. inst.* (28, 5); Legge unica, § 10, C. *de caduc. tol.* (6, 51).

(6) L. 2, § 8, *de bonorum possess.* (37, 11).

(7) L. 26, § 1, *De cond. et demonstr.* (35, 1); L. 33, § 1, *de usufr.* (7, 1); L. unica, § 10, C. *de cod. tol.* (6, 51).

(8) Puchta, *De accrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit.*

**Divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur.**

5°) La parte che si accresce passa ai coeredi *cum onere suo:* sicchè i coeredi sono obbligati a soddisfare tutti i pesi gravanti sulla porzione che si accresce. Ciò s'intende solo per l'accrescimento in senso proprio; perocchè per le disposizioni, che si considerano come non scritte, e che pure, come si è veduto, si accrescono ai coeredi, l'onere che fu imposto a quella disposizione è ritenuto esso pure come non scritto.

Vi sono però le seguenti eccezioni:

*a*) Se sulla disposizione ritenuta come non scritta era imposto un *fideicommissum libertatis*, tale fedecommesso rimarrà, non ostante che la disposizione, su cui fu imposto, si consideri come non scritta.

L. 26, § 6, *de fideicommiss. libertat.* (40, 5) - Si pro non scripto habitus sit servus alicui legatus, cui servo per fideicommissum libertas adscripta est, quaestionis est, num fideicommissa libertas debeat intercidere; et an, si servus petat fideicommissam libertatem ab eo penes quem remansisset, pro non scripto habito legato, quod erat relictum ei, qui eum rogatus fuerat manomittere, vel si ipse servus, ut supra dictum est, fuit legatus, an libertas non debeat intercidere. Et putem, debere dici, fideicommissam libertatem salvam esse, licet ad eum nihil pervenerit, qui eum rogatus erat manumittere; cogetur igitur libertatem praestare is, ad quem pervenit legatum, quia libertas fideicommissa nullum impedimentum pati debet.

*b*) Se in un testamentario si fosse ascritto un legato gravato da un fedecommesso, questo resterà in vigore, sebbene secondo il SC. Liboniano il legato vale come non scritto.

L. 5, *de his, quae pro non script.* (34, 8) - Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere a testatore iussus est, cum onere fideicommissum id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto esset; idem est et in testamento militis.

6°) Quando una porzione vacante si accresce a più coeredi l'accrescimento avviene in proporzione delle porzioni di ciascun coerede.

L. 59, § 3, *de hered. inst.* (28, 5) - Quum quis ex institutis, qui non cum aliquo coniunctim institutus sit, heres non est, pars eius omnibus pro portionibus hereditariis accrescit, neque refert, primo loco quis institutus, an alicui substitutus heres sit.

### § 75. — *Del diritto di accrescimento nella successione intestata e testamentaria.*

Bibliografia.

Schneider, *Das altcivil. Justinian. Anwachsungsrecht, bei legaten und die caducar. Bestimmung der lex Iulia et Papia Poppea*, Berlin 1837. — Rudorff, *Ueber die Caducorum vindicatio, in Zeitschrift f. Geschichtl. Rechtsw.*, VI, n. 6. — Franke, *Beiträge*, pag. 112. — Buchholtz, *Ueber die Beschrängung des ius accrescendi bei test. Erber. Untersuchg.*, n. 4. — Muhlenbruch *in Gluck*, XLIII, pag. 270. — Vangerow, § 495. — Tewes, II, § 59.



**280.** Il diritto di accrescimento, derivando dall'intrinseca natura della eredità, in generale ha luogo tanto nella successione *ab intestato*, quanto nella testamentaria. Esso è regolato da diverse norme secondo la natura diversa di queste due forme di successione.

I. Nella successione intestata spetta il diritto di accrescimento a coloro, che avrebbero acquistato fin dal principio la porzione ereditaria di colui che manca, se questi non fosse mai stato in *rerum natura*.

L. 1, § 10, *de succ. edict.* (38, 9) - Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

Quanto al diritto di accrescimento nella successione intestata bisogna tener presente il modo come avviene la successione, se per *capita*, per *stirpes* o per *lineas*.

Se la successione avviene per *capita* il diritto di accrescimento si avvera in egual misura tra tutti i concorrenti alla eredità.

Se invece la successione è insieme per *capita* e per *stirpes*, le stirpi concorrono al diritto di accrescimento come nella eredità, cioè molti di una sola stirpe sono considerati come un solo erede, qualora colui che manca alla eredità succedeva per *capita;* invece se viene a mancare uno di quelli ch'ereditano per stirpe, la porzione di lui si accrescerà solamente alla stirpe di cui faceva parte il defunto che manca alla eredità.

L. 12, pr., *de bonorum poss. contr. tabul.* (37, 4) - Si duobus filiis, et ex altero filio duobus nepotibus bonorum possessio competat, et alter ex nepotibus non petat, pars eius fratri accrescit. Si vero ex filiis alter non petat, tam fratri, quam nepotibus id prodest; namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur (1).

Similmente se manca alla successione chi eredita per linea, la porzione sua si accresce alla linea medesima; così se ereditano l'avo e l'ava della linea paterna, e l'ava della materna, e viene a mancare l'ava paterna, la porzione di lei si accresce solo all'avo paterno.

**281.** Le persone alle quali per legge spetta una parte determinata, una specie di *maximum* della eredità, come p. e. la vedova povera, non possono avvalersi del diritto di accrescimento, salvo per compimento della porzione loro stabilita per legge.

L. 6, *de bon. poss.* (37, 1) - Sed quum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem Praetor polliceatur, scripto autem herede secundum tabulas alterius partis, convenit, non esse ius accrescendi; igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur, quum ceteri, quibus accrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.

**282.** II. Riguardo alla successione testamentaria la porzione dell'erede che manca di regola si accresce ai coeredi che hanno effettivamente adito l'eredità senza alcuna preferenza di un coerede sull'altro.

(1) L. 5, § 2, *si tabul. test. null. extab.* (38, 6); L. 5.

Nel diritto antico si riconosceva egualmente il diritto di accrescimento, solo che la parte mancante si accresceva agli altri coeredi liberi senza onere alcuno.

Come si disse, questo diritto fu modificato dalla così detta legge Caducaria, cioè dalla legge Giulia e Papia Poppea; secondo questa legge il caduco si devolveva al fisco *cum onere suo*, meno per i discendenti e per gli ascendenti fino al terzo grado, i quali godevano il diritto di accrescimento *secundum ius antiquum*.

Ulp., *Fragm.*, xviii - Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, ut heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte, prout pertinere possit.

Giustiniano con la L. unica, *de cad. tollendis*, ripristinando in questa materia il *ius antiquum*, stabilì che la parte accrescente si trasmettesse anche *cum onere*.

L'accrescimento avviene tra tutti i coeredi istituiti, e che abbiano acquistato la eredità *pro portione hereditaria* senza alcuna esclusione.

**283.** Sebbene il testatore non possa proibire il diritto di accrescimento rispetto ad alcuno degli eredi, pure può raggruppare gli eredi in modo che alcuni siano preferiti nell'accrescimento ed altri ne siano esclusi. Quindi bisogna aver riguardo alle congiunzioni, colle quali il testatore distinse alcuni gruppi di eredi da altri gruppi o da altri singoli eredi.

Gli eredi possono essere congiunti in modo che tutti insieme siano istituiti in una medesima disposizione e in una medesima quota ereditaria; di guisa che questi eredi sono da riguardarsi come una sola persona rispetto agli altri coeredi, similmente come nella successione intestata una stirpe sta rispetto agli altri eredi intestati.

La congiunzione deve ammettersi solo quando è manifesta la volontà del testatore; ovvero, quando il testatore chiama molte persone in modo che si riconosce la sua volontà di congiungerle tra loro, come l'esempio riportato nella L. 59, *de hered. inst.* (28, 5) - *Titius heres esto, Seius et Maevius heredes sunt.* Imperocchè in tale disposizione è da riconoscere che il testatore volle congiungere, e quindi considerare come una sola persona Seio e Mevio, quindi Celso nella stessa legge prosegue: *verum est quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur* (1).

Le forme delle congiunzioni possono ridursi a tre.

**284.** *a*) *Coniunctio re et verbis* avviene quando alcuni dei coeredi sono istituiti nella medesima disposizione e nella medesima quota ereditaria, p. e. *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, ovvero: *Titius Maeviusque heredes sunto*, oppure anche: *Titius cum Maevio ex parte dimidia heres esto.*

L. 142, *de verb. sign.* (50, 16) - Nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum, et rei complexus iungit, veluti: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita: *Titius Maeviusque heredes sunto* vel: *Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto.* Videamus autem, ne, etiam si hos articulos detrahas: *et, que, cum*, interdum tamen coniunctos accipi oporteat, veluti: *Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto, vel ita: Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto; Sempronius ex parte dimidia heres esto*, ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam, et re verbis coniuncti videantur.

Con tutto ciò bisogna sempre tener presente la volontà del testatore, perocchè la congiunzione può essere apparente, senza che il testatore abbia avuta la intenzione di considerare i due o più eredi congiunti come una sola persona, e quindi stabilire per essi una preferenza al diritto di accrescimento. Se p. e. il testatore avesse istituito due in 11 parti dell'asse, e due sul resto, gli ultimi due sono apparentemente congiunti *re et verbis*, ma in fatto questa congiunzione è solamente apparente.

E questo è il caso riportato e deciso da Ulpiano nella L. 17, § 1, *de hered. inst.* (28, 5), nella quale accenna ad una quistione su questo punto tra i giureconsulti romani.

Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit, utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat; et variat. Sed Servius omnibus accrescere ait; quam sententiam veriorem puto, *nam quantum ad ius accrescendi, non sunt coniuncti, qui sine parte instituuntur*, quod et Celsus libro sextodecimo digestorum probat.

Questo testo non avrebbe dato occasione a dispute, se non paresse in aperta antinomia con un altro di Giavoleno.

L. 63, *eod.* - Heredes sine partibus utrum coniunctim, an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui coniuncti erant, pertinet; sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio eius pertinet.

Le parole sottosegnate nel testo di Ulpiano nella forma su cui sono scritte, sembrano contenere una massima generale, cioè che ogni istituzione senza parti fatta congiuntamente a più persone, non debba mai essere ammessa per una vera e propria congiunzione, da fondare a favore di chi è istituito in tale congiunzione una preferenza al diritto di accrescimento. E di vero inteso così generalmente ed isolatamente il principio enunciato da Ulpiano, prescindendo dal caso pratico, sarebbe in vera opposizione con la norma stabilita da Giavoleno nella L. 63 citata.

Partendo da questo punto di vista molti antichi interpreti hanno deviato dal vero sentiero nel trovare un modo da conciliare i due surriferiti testi.

Il Fabro crede che tale conciliazione si ottenga distinguendo la espressione *sine parte* di Ulpiano da quella *sine partibus* di Giavoleno (2).

Quest'opinione è stata a ragione qualificata dal Mühlenbruch una vera sottigliezza. La istituzione *sine parte*, secondo il Fabro, avverrebbe quando il testatore non ha stabilito alcuna determinazione di parte, p. e.: *Titius heres esto, Sempronius et Maevius heredes sunto. Sine partibus* invece sarebbero istituiti coloro che, chiamati in una quota, non si è fatto di essa tra gli eredi congiunti un'attribuzione di parti, p. e.: *Titius ex semisse heres esto, Sempronius et Maevius ex alio semisse heredes sunto;* mentre *cum partibus* la formola suonerebbe così: *Titius ex semisse heres esto, Sempronius et Maevius ex alio semisse aequis partibus heredes sunto.*

La massima stabilita nella L. 17, § 1, riguarderebbe l'istituito *sine parte*, mentre la L. 63 parlerebbe degli eredi istituiti *sine partibus*.

Qualche altro scrittore accetta quasi l'antinomia e

(1) § 8, *Inst.*, *de legat.* (2, 20); L. 36, § 2, *de legat.* (30); L. 40, *de usu et usufruct. legat.* (33, 2).

(2) Faber, *De Error. pragmat. dec.* 49 *error.* 2. Vedi anche Rosshirt, *Testam. Erbr.*, ii, pag. 240.

crede vi fosse stata controversia fin tra i giureconsulti romani.

Giavoleno nella L. 63 avrebbe fatto una distinzione, mentre Ulpiano nella L. 17 avrebbe risposto negativamente in un modo assoluto, e la scuola si sarebbe fermata a questo punto.

Questa divergenza di opinione è l'effetto di un solo errore d'interpretazione, per aver voluto cioè considerare la massima che si legge nella L. 17, § 1, come assoluta, prescindendo dal caso pratico. Se due o più eredi siano congiunti o disgiunti è sempre una *quaestio voluntatis*, e il decidere della congiunzione o meno dipende dal modo come i diversi eredi sono stati istituiti.

Il caso pratico della L. 17, § 1, è, che due sono stati chiamati e istituiti in 11 parti dell'asse ereditario; altri due istituiti sul resto.

Il dubbio se questi ultimi siano veri congiunti era naturale, perchè anch'essi sembrano *coniuncti re et verbis*. A questo dubbio Ulpiano risponde negativamente, perchè nel caso pratico non si può dire che il testatore li abbia voluti congiungere sul residuo dell'asse ereditario, quindi il giureconsulto si espresse in quella forma generale, che in fondo suona così: il solo fatto che a fronte di due chiamati su di una determinata quota si trova una istituzione di altri due sul resto, non costituisce una congiunzione.

Imperocchè il testatore ha istituiti questi ultimi insieme, non perchè li volea congiunti nello stretto significato della parola, ma perchè nel residuo non volle loro attribuire parte alcuna.

Che se dovesse essere esatta la distinzione del Fabro nel caso che il testatore avesse detto: *Titius mihi heres esto, Sempronius et Maevius mihi heredes sunto*, questi ultimi due, stando strettamente alla massima della L. 17, § 1 (*quantum ad ius accrescendi non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur*), si dovrebbe dire che in tal caso si farebbero tre porzioni, e che, mancando p. e. Sempronio, la porzione sua si accrescerebbe a tutti e non al solo Mevio; mentre la L. 59, § 2, *de hered. inst.* da noi riportata innanzi stabilisce il contrario (1).

**285.** *b*) *Coniunctio re tantum*. Questa congiunzione si avvera quando il testatore istituisce due eredi in diverse disposizioni, ma nella medesima quota ereditaria, p. e.: *L. Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte qua L. Titium heredem institui, heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto.*

L. 15, *de hered. inst.* (28, 5) - Julianus quoque lib. trigesimo refert, si quis ita heredem scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia; ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto*, dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium et Sempronium coniungere. Quod est verius, et ideo coniunctim hos videri institutos; sic fie', ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.

Sono ancora congiunti in questa guisa quei collegatarii ai quali è lasciata la cosa medesima in diverse disposizioni, p. e.: *Titio hominem Stichum do, lego; Seio eundem hominem Stichum do, lego.*

§ 8, *Inst., de legat.* (2, 20) - Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si vero alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat *Titio et Seio hominem Stichum do lego*; disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego*. Sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum*, aeque disiunctim legatum intelligitur (2).

Come si osserva da quest'ultimo testo i collegatarii congiunti *re tantum* sono denotati con la parola *disiunctim*, o pure *separatim* in contrapposizione dei *re et verbis coniuncti*, che vengono denotati col vocabolo *coniunctim*. Pei coeredi invece la parola *coniunctim* indica non solo i *re et verbis coniuncti*, ma ancora i *re tantum coniuncti*.

**286.** *c*) Da queste congiunzioni deve distinguersi l'altra che forma la terza specie, cioè la *coniunctio verbis tantum*. Sono congiunti in questa guisa i coeredi istituiti nella medesima disposizione, e per la medesima quota ereditaria, ma con divisioni di parte, p. e.: *Titius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto*, sicchè ciascuno erede invero è istituito non nella medesima porzione, ma in una determinata parte della medesima, e perciò tali eredi non sono da considerarsi *coniuncti* perchè essi lo sono apparentemente.

L. 66, *de hered. inst.* (28, 5) - Si ita quis heredes instituerit: *Titius heres esto, Caius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto*; quamvis et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur.

**287.** Queste diverse specie di congiunzioni hanno nel diritto di accrescimento i seguenti effetti. Se manca alla eredità chi è congiunto *re et verbis*, o anche *re tantum*, la sua porzione non accresce quelle di tutti gli altri coeredi, ma solamente quelle dei congiunti.

Se invece manca all'adizione dell'eredità chi è congiunto *verbis tantum*, la sua porzione non accresce quella dell'altro congiunto, ma si divide tra tutti i coeredi in proporzione delle rispettive quote ereditarie.

Quando vi è concorrenza tra gli eredi *re et verbis* coi *re tantum coniuncti*, bisogna distinguere se il *re tantum coniunctus* si trova in un reale rapporto con tutti gli altri *verbis coniuncti*, ovvero con uno dei medesimi: nel primo caso nel diritto di accrescimento si preferiscono i *re et verbis coniuncti*, nel secondo la preferenza è data al *re tantum coniunctus*. Dato p. e. che il testatore si fosse espresso in questo modo: *istituisco Tizio e Mevio nella metà dell'asse, istituisco Sempronio nell'altra metà; istituisco Caio nella medesima porzione in cui istituii Tizio e Mevio.*

Se Tizio manca alla eredità, la sua porzione si accresce a quella di Mevio. Se invece il testatore avesse detto: *istituisco Caio nella medesima porzione nella quale istituii Tizio*, mancando questi, la porzione di lui si accresce a quella del *coniunctus re tantum*, cioè a Caio.

Su tali effetti per tutte e tre le congiunzioni non si è d'accordo tra gl'interpreti; e mentre alcuni negano una preferenza di diritto di accrescimento per il *re tantum coniunctus*; l'ammettono poi per i congiunti *verbis tantum*.

(1) Vedi sulla quistione Cuiacio, *Recitat. solemn. ad tit. de hered. inst. ad hanc Legem*. Sc. Gentile, *De iure accrescendi opp. omm.*, I, pag. 19. Ramos del Monzano (*Thesaur. Meermann*, VII, pag. 291). Mülhenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 304 ss. Vangerow, II, § 494.

(2) L. 1, § 3, *de usufruct. accresc.* (7, 2). Gai, *Inst.*, II, n. 199.

La *coniunctio re tantum* non sarebbe una vera congiunzione; perocchè quando due eredi sono congiunti in una medesima quota vale dire che ognuno di essi è istituito in una parte della quota medesima. E di vero, si soggiunge, tutti i coeredi per natura propria devono essere considerati congiunti *re tantum*, essendo il patrimonio del testatore da ritenere come una sola cosa.

Quando uno è istituito nella metà del patrimonio, egli è erede *ex asse;* se poi a lui n'è aggiunto un altro, e sulla medesima s'istituisce anche un terzo, tutti questi saranno congiunti nella stessa cosa, cioè a dire nel medesimo patrimonio.

In effetto il secondo sarà *re coniunctus* con il primo, perchè, ove questi era *erede ex asse*, è limitato dopo aggiunto il secondo alla metà; similmente il terzo istituito sarà congiunto con i due primi. Se adunque il secondo manca alla successione, il terzo non potrebbe avere una preferenza nel diritto di accrescimento ed escludere il primo, essendo questi egualmente *re coniunctus* col secondo che viene a mancare (1).

Quest'opinione non ha avuto molto seguito, e con ragione. Imperocchè il primo argomento non regge in nessun modo, non vedendosi come due persone congiunte nella medesima quota in due diverse disposizioni debbono essere ritenute come istituite ognuna nella metà della quota medesima. Il secondo argomento prova troppo. E difatti non si può negare che tutti gli eredi si possono considerare congiunti nel medesimo asse ereditario, e che tutti, senza preferenza alcuna, abbiano diritto all'accrescimento; ma da ciò non segue che per volontà del testatore tra una parte di questi eredi non vi possa essere una speciale congiunzione. Dato che ciò non sia impossibile, anzi sta nell'ordine delle cose, la regola generale che tutti gli eredi cioè abbiano eguali diritti all'accrescimento non fa al caso, perchè si tratta di una congiunzione speciale voluta dal testatore, e quindi di uno speciale diritto di accrescimento.

Che questo sia stato il concetto dei giureconsulti romani si rileva da molte e non dubbie leggi. Il caso della L. 15, pr. *de hered. inst.* (28, 5), è ritenuto da Ulpiano come un caso di speciale congiunzione: *Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia; ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto.* È vero che Ulpiano dubita se questo caso di congiunzione *re tantum* possa creare una preferenza nel diritto di accrescimento, e risponde: *quod est verius, et ideo coniunctim hos videri institutos; sic fiet ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.*

La L. 142 innanzi riportata stabilisce essere il *re tantum coniunctus* veramente e specialmente congiunto.

Così pure rispetto ai legati i *re tantum coniuncti* hanno diritto all'accrescimento, quantochè tale congiunzione è vera congiunzione e non apparente come si pretende (2).

Molto più animata e più importante è la controversia, se la *verbis tantum coniunctio* sia una vera congiunzione, e stabilisca in conseguenza una preferenza al diritto di accrescimento dei congiunti sugli altri eredi istituiti.

Alcuni interpreti pretendono questa preferenza esser stata già stabilita dal diritto antico prima anche della L. Caducaria (3).

In vero riteniamo che la *verbis tantum coniunctio* non è una vera congiunzione, e per conseguenza non dà alcuna preferenza di accrescimento ai congiunti sugli altri coeredi, perchè in una simile forma di congiunzione per legge non si crede che il testatore abbia voluto congiungerli, *quia non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur* (4).

Quindi manca qualunque prova che nel diritto antico anteriore alla legge Caducaria fosse stabilita una preferenza di diritto di accrescimento per simili congiunti, come si vedrà meglio in prosieguo a proposito della L. 89, *de legatis* (32).

Altri interpreti ammettono, che la *coniunctio verbis tantum* non abbia creato nel diritto antico uno speciale diritto di accrescimento, ma asseriscono ciò esser stato introdotto dalla L. Giulia e Papia, ed esser penetrato nella legislazione Giustinianea per avere Giustiniano con la L. unica, C. *de cad. tol.*, fuso il diritto antico insieme alla *caducorum vindicatio.*

In effetti, si dice, la legge caducaria dava la preferenza per la *vindicatio caduci* ai *coniuncti*, intesa questa parola letteralmente, e per congiunti s'intendevano coloro che di fatto lo erano in una medesima disposizione; ciò che comprenderebbe tanto il *re et verbis* quanto il *verbis tantum coniuncti*, esclusi i *re tantum coniuncti.*

Il testo principale messo a base di tale deduzione è la

L. 89, *de legat.* (32) - Re coniuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re: *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego*, quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui et re, et verbis coniunctus est; quodsi re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem; si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? Et magis est, ut ipse praeferatur.

Di qui si è dedotto che la preferenza al diritto di accrescimento, anche secondo il diritto antico, era stabilita per i *verbis tantum coniuncti* e non per i *re tantum coniuncti*, sicchè avrebbero anche ragione coloro che sostengono essere questa dottrina stabilita anche prima della legge caducaria. Però tale deduzione sia relativamente al diritto antico, sia relativamente alla L. caducaria non ha fondamento, e ciò quando si confronti la legge or ora trascritta con L. 142, *de verb. sign.* innanzi riportata.

Il più rimarchevole in questa controversia è, che i due testi, in cui in uno si nega la *coniunctio re tantum* essere una vera congiunzione, e nell'altro la si afferma esplicitamente, sono entrambi di Paolo estratti dal suo commento al cap. 6 della L. Giulia e Papia Poppea (5).

La L. 89, *de legat.* citata sino alla prima parte e specialmente alle parole: *partes habent legatarii* non offre alcuna difficoltà, perchè esse, dopo l'esempio dei legatarii *coniuncti verbis tantum*, non possono altrimenti intendersi, che per la limitazione dei legatarii congiunti a quel modo, e conseguentemente alla negazione del diritto di accrescimento. Donde si può ricavare

(1) Gans, *Erbrecht*, II, pag. 426. Thibaut, *Arch. f. civil. Praxis*, VII, n. 21. Lo stesso, *Syst.*, § 995. Vedi anche Rosshirt, *Testam. Erbr.*, II, § 165.

(2) Vedi Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, § 312 ss. Vangerow, II, § 496.

(3) Gans, *Erbr.*, II, pag. 426. Baumeister, *Anwachsr.*, § 22, 25.

(4) L. 66, *de hered. inst.* (28, 5).

(5) Vedi sui diversi sistemi di conciliazione Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 322 ss.

la regola generale che il diritto antico non riconosceva accrescimento pei legatarii congiunti *verbis tantum*.

La vera difficoltà sorge nella seconda parte della medesima legge, in cui si riconosce un diritto di accrescimento pei congiunti solo verbalmente, mentre lo si nega ai congiunti sulla medesima cosa.

Generalmente si crede che dei due testi di Paolo, uno, la L. 89, *de legat.*, riguardi i soli legati, l'altro, la L. 142, *de V. S.*, rifletta le istituzioni di eredi, e si rapporti alla *caducorum vindicatio* della L. Giulia e Papia.

Ciò sarebbe chiarito da un testo di Gaio e propriamente dai paragrafi 207, 208 del lib. II delle sue istituzioni.

§ 207 - Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiam si liberos habebunt.

§ 208 - Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem, an per damnationem legatum sit.

Dunque, secondo la L. Giulia e Papia nel caso di *caducum*, come si espose innanzi, all'erario erano preferiti gli eredi aventi figliuoli, ed in mancanza di essi i legatari aventi egualmente figli; ma se vi fossero collegatarii congiunti, questi nella *caduci vindicatio* erano preferiti anche agli eredi aventi figliuoli. Alcuni però, aggiunge Gaio, erano di opinione che quanto *ad hoc ius*, cioè alla *caducorum vindicatio* e alla congiunzione secondo la L. Papia poco monta, se si tratti di legato per *vindicationem*, ovvero per *damnationem*.

Quest'ultima osservazione di Gaio accenna ad una novità introdotta dalla L. Giulia e Papia, cioè che, mentre ne' legati per *damnationem* molti congiunti legatarii nella stessa disposizione, cioè *verbis tantum coniuncti*, erano limitati alla parte, si stabilì ciò non ostante la preferenza della *vindicatio caduci* anche rispetto ad essi: in altre parole mentre i collegatarii di un legato per *damnationem* erano sempre ritenuti *verbis tantum coniuncti* si credette dalla legge caducaria avere anch'essi la preferenza della *caduci vindicatio* egualmente che i *re et verbis coniuncti*.

In vero Paolo nella L. 89 si rapporta a questo punto della L. Giulia Papia, dichiarando dubitativamente (*quaestionis est*) la preferenza dei *verbis tantum coniuncti*, come anche dubitativamente (*ceteris placuit*) si era espresso Gaio.

Ed è tanto vero che Paolo si occupa in questo testo della *caducorum vindicatio* della L. Giulia e Papia, che in questo luogo, parlando di legatarii congiunti, tratta della preferenza per un diritto poziore degli uni sugli altri. Mentre è elementare che quanto al diritto di accrescimento la congiunzione stabilisce la preferenza solo nei rapporti tra i coeredi, mentre tra i legatari non è questione di poziorità o preferenza, perchè qui la congiunzione crea addirittura il diritto di accrescere. Nella L. 142, *de V. S.*, Paolo, sebbene nello stesso commento alla L. Giulia e Papia, parla delle vere e proprie congiunzioni non relative alla *caducorum vindicatio*, ma rispetto al vero diritto di accrescimento.

Quindi si può conchiudere che secondo il diritto antico prima di Giustiniano la *coniunctio verbis tantum* non costituiva nè per gli eredi, nè per i legatari causa di diritto di accrescimento; bene però dava, secondo la L. Giulia e Papia, una preferenza alla *caducorum vindicatio* ai collegatarii congiunti a fronte degli *heredes patres*.

Non è neppure molto esatto che Giustiniano con la L. unica, C. *de caducis tollendis* abbia ripristinato il *ius antiquum* quanto al diritto di accrescimento, fondando insieme le regole sulla *caducorum vindicatio*.

Molti affermano quest'ultima parte della questione, e deducono perciò che nella legislazione Giustinianea, come per la *caducorum vindicatio*, la *coniunctio verbis tantum* crei pei collegatarii un diritto di accrescimento (1).

Altri interpreti, di cui noi altra volta accettammo le deduzioni, mentre dividono quest'opinione circa la modificazione Giustinianea pure credono che sarebbe stato logico di ammettere almeno pe' legati il diritto di accrescimento in favore de' collegatari *coniuncti verbis tantum*, ma ciò nel fatto non è avvenuto, non trovandosene traccia nelle *L. unic.*, C. *de caducis tollendis* (2).

È da riconoscere che tutta questa dottrina, che accetta il diritto di accrescimento per la *coniunctio etiam verbis tantum*, anche rispetto ai soli collegatarii congiunti a cotesta guisa, non trova fondamento nella *L. unic.* citata. In effetto esaminando attentamente i §§ 10, 11 della costituzione citata non v'è nulla che possa confortare la dottrina dianzi esposta, anzi essi offrono un argomento in contrario.

Nel § 10 con una locuzione che corrisponde al § 8, *Inst.*, *de legat.* Giustiniano distingue le disposizioni che riguardano le Istituzioni di erede da quelle che riflettono i legatarii congiunti nella medesima disposizione (*coniunctim cum unitate sermonis*), da quelle fatte in disposizioni separate (*disiunctim*). Certo nella prima forma è compresa anche la *coniunctio verbis tantum;* ma non è detto che anche per questa congiunzione si ammette un diritto di accrescimento tanto se si tratti di legatarii quanto di eredi congiunti.

Dove poi Giustiniano ha stabilito le conseguenze della congiunzione è sul seguente § 11, in cui il diritto di accrescimento è riconosciuto solo per le congiunzioni *re et verbis* e *re tantum*. E di vero ivi si legge:

Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus *aliquid* relictum sit, si quidem hoc coniunctim reliquatur, etc.

È evidente che la parola *coniunctim* congiunta alle altre *quibus aliquid relictum sit* indica la *coniunctio re et verbis*. Si tratta adunque di una sola cosa (*hoc*) a due o a più in una unità di sermone. Che se il testatore avesse detto lascio ad A e B il fondo tusculano a ciascuno per la metà, non si può dire che ad entrambi siasi lasciata la medesima cosa, ma nel fatto ad uno si è lasciato la metà e l'altra metà all'altro, e, secondo una facile espressione di Windscheid, un oggetto rilasciato in una porzione non è altro che il lascito di una porzione di una cosa (3).

Nè è da accettare la versione di Donello, cioè che, se il testatore abbia lasciato una cosa a più persone con la espressione in eguali porzioni senza stabilire la *quanta pars*, in tale espressione si debba riconoscere una congiunzione *re et verbis*, mentre sarebbe una congiunzione *verbis tantum*, se della medesima cosa assegnata

(1) Vedi Rudorff, *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.*, VI, pag. 426. Vitte, *Weiskerechtslexicon*, I, pag. 319. Mühlenbruch *Doct. Pand.*, § 390.

(2) Vangerow, § 494.

(3) Windscheid, *Pand.*, III, § 644, nota 13.

a due ad uno fosse p. e. determinata una metà e l'altra metà all'altro, ovvero ad uno una terza parte e all'altro il resto (1).

Questa opinione, sebbene mantenuta tenacemente sino a penetrare nelle moderne legislazioni (2), pure è inammessibile, perchè anche in questo caso, anche si fosse detto dal testatore *a parti uguali*, la interpretazione più usuale della volontà del testatore è che questi abbia voluto limitare il diritto di ciascun congiunto alla metà della cosa.

In conclusione nella legislazione Giustinianea, tanto relativamente alla preferenza del diritto di accrescimento tra i coeredi, quanto alla creazione dello stesso diritto per i collegatarii congiunti si riconoscono solo due specie di congiunzioni, la *coniunctio re et verbis*, e la *coniunctio re tantum*. La *coniuctio verbis tantum* non stabilisce nè la preferenza del diritto in parola tra i coeredi, nè tra i collegatarii (3).

Un'altra difficoltà quanto al diritto di accrescimento nasce dalla

L. 59, § 6, *de hered. inst.* (28, 5) - Si ita scriptum fuerit: *Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto: Titius, si intra tertias Kalendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto:* videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit, nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse, aut ex besse; ita sextans utique erit in pendenti, et si conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio accrescat. Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio extiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio accrescet; nam, quum adhuc dubium esset, Titio an Maevio in sextans datus esset, Titius decessit, nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit.

Dunque se due, Tizio e Mevio, sono stati istituiti ognuno nella terza parte, ed il primo nella residuale terza parte sotto una condizione sospensiva, si ha che pendente la condizione d'entrambi si reputano istituiti ognuno nella metà, non essendo ancora delata l'ultima terza parte residuale. La difficoltà sorse per la disposizione che segue, cioè se Tizio muore prima che si avveri la condizione, e dopo la di lui morte questa si avvera, quella terza parte residuale non sarà devoluta agli eredi di Tizio, ma si accresce a Mevio.

Queste ultime parole del testo sono un corollario della regola che, quando uno è istituito in una parte puramente ed in un'altra porzione sotto condizione, deficiente questa, il coerede s'intende sostituito. Dato adunque che *pendente conditione* Tizio e Mevio dovevano essere considerati istituiti nella metà, vuol dire in un terzo puramente e di una sesta parte sotto condizione, si avrà che essi sono vicendevolmente sostituiti nella sesta parte. Ond'è che, se la condizione si avvera, Tizio assorbe la sesta parte di Mevio: se è deficiente, Mevio assorbe la sesta parte di Tizio. Epperciò questi, essendo morto prima che si avverasse la condizione, quella sesta parte non sarà devoluta agli eredi di Tizio, ma si accresce a Mevio.

La difficoltà nasce dalla L. 53, pr. *de acq. vel. om. hered.* (29, 2), la quale porta per il medesimo caso una soluzione contraria.

Qui ex duobus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit, et decesserit, posteaque conditio extiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet.

Mühlenbruck (4) con qualche altro interprete ha voluto vedere in questo ultimo testo un caso straordinario di trasmissione; ma è una opinione non accettata: i casi di trasmissione sono tassativamente determinati, e costituiscono un diritto singolare.

Altri hanno creduto che si debba supporre che vi sia un erede solo istituito come, nella L. 33, *de hered. inst.* (28, 5) (5).

Anche questa è una opinione poco accettabile, perocchè la L. 33, *de hered. inst.*, trattando di un solo erede istituito in parte puramente e in parte sotto condizione, afferma il principio che un tale erede fin dall'inizio debba essere considerato erede *ex asse*, appena era istituito puramente: *cum ex pura institutione adierit heres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres, scilicet etiam conditione deficiente, quum non prosit ei conditio quidquam existens.*

Mentre nella L. 53 in esame, l'acquisto dell'ultima parte si fa dipendere dall'adempimento della condizione. Quindi è evidente che nel nostro caso si suppone una pluralità di eredi. Epperò non si può dire come nella L. 33, *de hered. inst.*: *non prosit ei conditio quidquam existens.*

Oggi è accettata la lieve emendazione proposta dall'Arndts al testo. In vero se si leggesse: *posteaquam conditio extiterit*, invece di *posteaque conditio etc.* si eviterebbe ogni difficoltà, essendo l'erede istituito in parte puramente ed in parte sotto condizione morto dopo l'evenienza della condizione (6).

## Rapporti giuridici degli eredi tra loro e verso i creditori.

### § 76. — *Idee generali.*

288. Conseguenza dell'accettazione delle eredità; confusione dei patrimoni. — 289. Obblighi dell'erede rispetto ai creditori della eredità.

**288.** Acquistata giuridicamente l'eredità dall'erede, tutto il complesso dei rapporti giuridici del defunto si trasmette alla persona dell'erede, come se questi avesse

(1) Donelli, *Com. iur. civ.*, VII, cap. 13-15. Vedi anche Vinnio, *Comm. ad Inst. de legatis*, ed ultimamente ha sostenuto questa stessa opinione Burchardi, *Jahrb.*, V, n. 1.

(2) Vedi art. 881 cod. civ. ital.

(3) Intorno a questa dibattuta questione vedi tra gli antichi: Donelli, *loc. cit.* Vinnio, *Ad Inst.*, *loc. cit.* Huber, *Praelect. ad Inst.*, II, 20, n. 22; *ad Dig.*, lib. XXX, § 67. Faber, *Err. Pragm. Dec.*, XLIX, *err.*, § 7-9. Voet, *Ad Pand.*, lib. XXX-XXXII. Cocceio, *Ius civile cont.*, lib. XXX-XXXII. Lauterbach, *Coll. theor. pract. ad Dig.*, lib. XXX, § 67. Ramos del Monzano, *Prael. ad leg. et fideicom.*, § II (*in Meermann thesaurus*, VII, pag. 280). Fra i moderni vedi Holtius., *Observations sur le droit d'accroisement entre légataires* (*Themis ou Biblioth. du Jurisconsulte*, IX, pag. 235-254). Mühlenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 232. Rudorff, *Zeitschrift für gesch. Rechtswissens.*, VI, pag. 426. Witte (*in Weiske Rechtslexicon*, I, pag. 319). Arndts *in Glück*, XLVIII, pag. 26. Machelard (*Revue histor.*, VI, pag. 201). Zworzack, *Beiträge zur Lehre von ius accr. Vierteljahrschrift*, VIII, 73. Puchta, *Pand.*, § 542. Sintenis, *Pract. civil.*, III, § 213, n. 34-35. Vangerow, II, § 547. Windscheid, III, § 644, nota 13. Tewes, II, § 87. Unger, *Oester. Erbr.*, § 63, nota 5. Maynz, § 404.

(4) *In Glück*, XLIII, pag. 150.

(5) Glossa ad L. 59, *de hered. inst.* Fuchs, *Archiv. f. civil. Praxis*, XXXIX, pag. 243.

(6) Arndts, *Pand.*, § 517. Trad. Serafini, III, § 117, n. 4. Arndts, *Civil. Schrift*, II, 174, nota 71. Vangerow, § 498. Brinz, *Pand*, pag. 835. Tewes, II, pag. 40.

preso il posto del defunto già dal momento della morte di lui.

L. 138, *de reg. iuris* (50, 17) - Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

L. 54, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2) - Heres, quantoque adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

L'erede è perciò il subbietto di ciascun rapporto di diritto contenuto nella eredità, come se esso rapporto avesse avuto esistenza da lui e per lui negli opportuni modi di legge: onde deriva come logica conseguenza la completa confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede.

L. 2, § 18, *de hered. vel act. vend.* (18, 4) - Quum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit.

L. 75, *de sol. et liberat.* (46, 3) - Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes perimit actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditori extiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem (1).

La confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede è talmente piena, che dopo la morte dell'erede il patrimonio suo con l'eredità acquistata forma il complesso di una sola successione.

L. 7, § 2, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2) - In omni successione, qui ei heres extitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem (2).

**289.** Rappresentando l'erede la persona del defunto, e diventando col fatto dell'acquisto dell'eredità il successore non solo dell'attivo, ma anche del passivo del patrimonio del defunto, è tenuto a soddisfare tutte le obbligazioni del suo autore in tutta la loro estensione. L'erede è considerato debitore come il defunto, ed è tenuto al pagamento dei debiti di lui non solamente fino all'ammontare delle *vires hereditariae*, ma anche, in forza della continuazione della personalità e della fusione dei due patrimonii, oltre quelle *vires* col proprio e primitivo patrimonio.

L. 8, *de acq. vel omitt. hered.* (29, 2) - More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obbligari possunt; hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae (3).

Dall'altra parte i creditori dell'erede possono essere soddisfatti dei crediti che vantano contro di lui, sia col patrimonio originario proprio dell'erede, sia con quello che pervenne dalla eredità, anche quando il debito sia stato contratto prima che il debitore sia addivenuto erede.

### § 77. — *Del beneficio dell'inventario.*

Bibliografia.

Nov. 1, cap. 2.

Marezoll, *Const.* 22, § 1, C. (6, 30) *in Archiv. f. civil. Praxis*, VIII, n. 10. — Schröder, *De inventarii confectione.* — Rosshirt, *Vermächt*, I, pag. 561. — Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 355. — Vangerow, II, § 502. — Vering, pag. 517 ss. — Arndts *in Rechtsl.*, IV, pag. 19. — Heimbach, *ibid.*, I, pag. 909. — Tewes, II, § 62.

290. Nozione del beneficio dell'inventario, e ragione per cui fu introdotto. — 291. Procedimento per la confezione dell'inventario. — 292. Effetti dell'accettazione col beneficio della L. 22, § 5, C. *de iur. delib.* — 293. Rapporto tra i patrimoni dell'erede e del defunto.

**290.** I. Il rigore dei principii suesposti metteva l'erede nel bivio o di rinunziare alla eredità o di esporsi al pericolo di vedersi spogliato anche del proprio patrimonio. Lo spazio a deliberare parve a Giustiniano un provvedimento inefficace, onde al doppio scopo di evitare l'inconveniente accennato, e perchè l'erede potesse senza pericolo alcuno accettare la eredità, questo Imperatore introdusse in favore dell'erede il *beneficium inventarii*. Esso consiste nel compilare un esatto inventario delle cose ereditarie fra trenta giorni dal momento che l'erede ebbe notizia dell'eredità a lui devoluta. Esso inventario dovea essere completato dopo sessanta giorni da questo termine. Nel caso che i beni ereditarii o la maggior parte di essi fossero in luoghi lontani, l'inventario può esser terminato anche in un anno dalla morte del testatore.

L. 22, § 2, 3, C. *de iur. delib.* (6, 30) - Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit, nec ne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad huiusmodi confectioni necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remanent, vel signatus sit literarum, vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat venerabili signo antea manu heredis praeposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant, et iubente eo, tabularium pro se subscribere interfuerit. - § 3. Sin autem locis, in quibus res hereditariae vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum damus ad huiusmodi inventarii consumationem; sufficit enim praefatum tempus, et si longissimis spatiis distant; tamen dare eis facultatem inventarii conscribenti vel per se, vel per instructos procuratores in locis, ubi res positae sunt mittendos.

**291.** L'inventario dev'essere redatto da un pubblico ufficiale, tabulario. È necessaria la presenza dei legatarii e dei fedecommissarii che si trovassero nella medesima città, ed, in mancanza, di tre persone fededegne, e finalmente dei periti per stimare le cose ereditarie.

Compilato l'attivo ed il passivo l'erede deve sottoscrivere la somma totale, nel medesimo tempo deve dichiarare che tutto sia proceduto in ordine, e che nulla vi manca delle cose ereditarie. Se l'erede non sa scrivere, deve chiamare un altro tabulario che sottoscriva per lui, e l'erede devo apporre un segno (4).

In caso che qualche cosa fosse dall'inventario dolosamente trafugata, vi è l'obbligo di rimborsarla al doppio.

L. 22, § 10, C. *de iur. delib.* (6, 30) - Licentia danda creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres

(1) L. 21, § 1, *de lib. leg.* (34, 3); L. 116, § 4, *de leg.* (30).

(2) L. 10, § 2, *de vulg. et pupil. subst.* (28, 6).

(3) L. 36, *de bonis libert.* (38, 2); L. 10, C. *de iur. delib.* (6, 30).

(4) Nov. 1, cap. 2, § 1.

in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum, secundum anteriorem nostram legem, quae de quaestione servorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint, ut, undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate; illo videlicet observando, ut, si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.

Il beneficio dell'inventario esclude lo spazio a deliberare, anzi questo è stato reso totalmente inutile dal beneficio in parola. Però lo spazio a deliberare non fu abolito; l'erede è libero di domandarlo, però accettata la eredità, egli è tenuto *ultra vires hereditariae*.

**292.** II. Gli effetti dell'accettazione della eredità col beneficio dell'inventario sono i seguenti:

1) Il beneficio dell'inventario innanzi tutto sospende la confusione del patrimonio dell'erede col patrimonio del defunto. Donde i seguenti vantaggi:

*a*) L'erede beneficiario non può essere convenuto in giudizio durante la compilazione dell'inventario dai creditori dell'eredità, nè dai legatarii o fedecommissarii. Solo il vero proprietario delle cose che trovansi tra i beni ereditari può senza alcuna limitazione rivendicare le cose sue.

L. 22, § 11, *h. t.* - Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si abfuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis, vel fideicommissariis eos inquietare, vel ad iudicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare, sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum, nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praeiudicio generando.

*b*) L'erede beneficiario a causa della separazione dei due patrimonii non è obbligato a soddisfare i creditori ereditarii che fino alla concorrenza del patrimonio del defunto, senza ch'essi creditori possano pretendere nulla sul patrimonio dell'erede.

L. 22, § 4, C. *h. t.* - Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.

*c*) L'erede ha facoltà di soddisfare i creditori della eredità come si presentano, senza tener conto dei loro diritti poziori o meno.

L. 22, § 4, C. *h. t.* - Et eis satisfaciant qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed etsi legatarii interea venerint, et eis satisfaceant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.

Però i creditori ipotecarii hanno sempre diritto di rivolgersi con l'azione ipotecaria contro i creditori più deboli soddisfatti e contro i legatarii, qualora entrambi fossero stati soddisfatti con le cose ipotecate. I creditori ipotecarii si rivolgono contro i creditori più deboli con l'*actio hypothecaria*, e con la *condictio ex lege*, contro i legatarii con la medesima azione ipotecaria, o con la *condictio indebiti*.

L. 22, § 5, C. *h. t.* - Si vero creditores, qui et post emensum patrimonium rudum completi sunt superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt; licentia creditoribus non denegando adversus legatarios venire, et vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint recuperare, cum satis absurdum est, creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accomodare. - § 6. Si vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.

Gl'interpreti hanno creduto di poter dare a questo testo un senso più ampio di quello che appare; imperocchè credono che lo stesso dritto concesso ai creditori ipotecarii si possa estendere ai chirografarii privilegiati contro i chirografarii semplici (1).

Nello spirito della legge è da riconoscere questo principio, cioè che gli eredi beneficiati, quando hanno pagato i creditori nel modo come si sono presentati, devono essere liberati assolutamente dagli altri creditori insodisfatti; però a questi è sempre serbato il loro diritto di poziorità, qualora ne avessero, contro gli altri soddisfatti. Per la qual cosa la opinione suenunciata è giustificata, se non nelle parole, almeno nello spirito della legge. Non bisogna però esagerare, come qualche altro interprete, concedendo lo stesso diritto ai creditori che avessero un diritto eguale per il conseguimento di una rata di esso (2); imperocchè i creditori soddisfatti in tal caso possono sempre con la massima: *in pari causa melior est conditio possidentis*, ovvero con l'altra: *vigilantibus iura scripta sunt*. I creditori non soddisfatti possono dirigersi adunque per rivocazione contro i legatarii, e contro i creditori soddisfatti anche ipotecarii, se più deboli, con l'azione ipotecaria; mentre contro i chirografarii si può ammettere lo stesso dritto da farsi valere dai creditori privilegiati con l'azione personale contro i chirografarii semplici (3).

Nel pagamento dei creditori e dei legatarii e fedecommissarii l'erede preleva le spese dei funerali e quelle dell'inventario.

L. 22, § 9, C. *h. t.* - In computatione autem patrimonii, damus ei excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

**293.** *d*) L'erede beneficiario può vendere le cose ereditarie per soddisfare i creditori della eredità, ovvero darle in pagamento (4).

Poichè il beneficio dell'inventario sospende la confusione dei patrimonii, le azioni spettanti all'erede contro il defunto non si estinguono, e vanno considerate come le azioni di qualunque altro creditore ereditario. Quindi l'erede non è obbligato a riconoscere le disposizioni fatte dal testatore sulle cose a lui appartenenti, se non quando può ottenere il rimborso dalla massa ereditaria (5).

(1) Perez, *Praelect. in cod.*, *h. t.*, n, 11. Voet, *Ad Pand.*, *h. t.*, § 20.

(2) Brunnemann, *Comment.*, *ad h. l.*, N. 31. Merenda, *Contrav. iur.*, lib. 18, cap. 47, § 10-17.

(3) Vedi *in cont.* Mühlenbruch *in Glück*, XLI, pag. 368 ss.

(4) L. 22, § 4, 6, C. *h. t.* - Innanzi riportata.

(5) L. 22, § 9, C. *h. t.* - Innanzi riportata.

2) Chi accetta la eredità senza il beneficio dell'inventario si sottopone alla eventualità di pagare i creditori ed i legatarii *ultra vires hereditariae*.

In generale è da osservare:

a) Quando di più eredi uno ha accettato col beneficio dell'inventario, i vantaggi di esso sono riconosciuti per lui solo e non per gli altri.

b) Il soldato risponde rispetto ai creditori della eredità *non ultra vires hereditariae*, anche quando abbia accettata la eredità senza l'inventario.

c) L'erede non viene costretto a dichiararsi per l'accettazione o pel ripudio della eredità, egli potrà, quando che vuole, accettare la eredità col beneficio dell'inventario, meno che non siano passati i trenta anni dalla morte del testatore.

## § 78. — *Del beneficium separationis.*

Bibliografia.

T., D. *de separationibus* (42, 6) - T., C. *de bonis auctor. ind. et de separationibus bonorum* (7, 72).

Schmidt *De iure separationis*, *Diss. acad.*, Lips. 1815. — Carrach, *Differentia iur. Rom. et Germ. in benef. separationis*, § 10. — Spangenberg, *Ueber das Separationsrecht ex iure cred. bei Concursen; in Archiv. f. civil. Praxis*, x, N. 19, xiv, N. 6. — Mülenbruch *in Glück*, xli, pag. 378. — Tewes, ii, § 63.

294. Nozione ed indole del *beneficium separationis*. — 295. A chi compete; rapporto tra creditori e legatarii rispetto a questo beneficio. — 296. Effetti del *beneficium separationis*. — 297. Quando non è ammesso il beneficio della separazione. — 298. Rapporto tra il beneficio dell'inventario e quello della separazione.

**294.** Il principio innanzi accennato, cioè la confusione dei patrimonii per mezzo dell'accettazione della eredità, determinava la concorrenza dei creditori sì del defunto come dell'erede e quindi i creditori dell'eredità potevano trovarsi più o meno incapienti a causa di tale concorrenza. Fu creduto equo, a somiglianza del beneficio dell'inventario introdotto in favore dell'erede onde sospendere la confusione dei due patrimonii e liberare il patrimonio dell'erede dalla concorrenza dei creditori della eredità, d'introdurre in favore di questi ultimi e dei legatarii un istituto consimile, il *beneficium separationis*, allo scopo egualmente di sospendere la confusione del patrimonio dell'erede col patrimonio del defunto, tenendoli entrambi separati, perchè i creditori del defunto e i legatarii potessero essere soddisfatti dal patrimonio ereditario senza la concorrenza dei creditori particolari dell'erede.

L. 1, § 1, D. *de separat.* (42, 6) - Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis, utputa debitorem quis Seium habuit, hic decessit, heres ei extitit Titius, hic non est solvendo, patitur bonorum venditionem; creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem; fieri enim potest ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque satis creditoribus suis, vel ita semel, et si non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt; hic est igitur aequissimum, creditores Seii desiderantes separationem audiri, impetrareque a Praetore, ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur.

L. 6, *eod.* - Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, quum in creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum, vel portio quaeratur.

**295.** Il beneficio della separazione compete:

1° A tutti i creditori della eredità. In questo numero va compreso anche lo stesso erede, il quale, trovandosi nel medesimo tempo creditore del defunto, può domandare al suo coerede là separazione del patrimonio.

L. 7, C. *de bonis auctor. iud.* (7, 72) - Si uxor tua pro triente patruo suo heres extitit, nec ab eo quidquam exigere prohibita est, debitum a coheredibus pro besse petere non prohibetur, quum ultra eam portionem, qua successit, actio non confundatur. Sin autem coheredes solvendo non sint, separatio postulata nullum ei damnum fieri patiatur.

Dippiù hanno diritto a domandare là separazione anche quei creditori ereditarii, i quali hanno un diritto condizionato o a termine (1).

Tutti questi creditori avranno il diritto di domandare la separazione ognuno per sè, senza che questa domanda possa giovare agli altri.

L. 1, § 16, *h. t.* (42, 6) - Quaesitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti, et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt. Et putem, nihil iis prodesse; hos enim cum creditoribus heredis numerandos.

2° Appartiene questo dritto anche ai legatarii.

3° Il dritto di separazione competente ai creditori ed ai legatarii non crea tra essi una eguaglianza di posizione giuridica. Invero:

a) Se il diritto di separazione è stato domandato tanto dai creditori quanto dai legatarii, hanno diritto di essere soddisfatti prima i creditori, poi i legatarii (2).

b) Se la separazione è domandata solo dai legatarii e non nel medesimo tempo dai creditori, i primi hanno diritto di essere soddisfatti in antecedenza sul patrimonio del defunto; quello che vi rimane può servire alla soddisfazione dei creditori del defunto e dell'erede insieme confusi.

c) Se la separazione è domandata dai creditori e non dai legatarii, i primi hanno il diritto di essere soddisfatti sul patrimonio ereditario in precedenza, e del resto si pagheranno i creditori dell'erede e i legatarii con la precedenza dei primi sui secondi.

Il beneficio della separazione si concede per Decreto dopo una *causae cognitio* del Magistrato.

L. 1, pr., *h. t.* - Sciendum est, separationem solere impetrari decreto Praetoris.

**296.** Il diritto degli creditori ereditarii ad essere soddisfatti in precedenza sul patrimonio ereditario produce una rinunzia dei medesimi a rivelarsi sul patrimonio dello erede.

L. 1, § 17, *h. t.* - Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod, qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi; separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, im-

(1) L. 4, pr., *h. t.*

(2) L. 6, *h. t.* Innanzi riportata.

petrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata.

I creditori dell'erede non hanno il beneficio della separazione, sebbene essi abbiano il medesimo interesse.

**297.** Il beneficio della separazione non è ammesso:

1° Dopo cinque anni dallo acquisto della eredità per parte dello erede.

L. 1, § 13, *h. t.* - Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipientum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur.

2° Non può essere ammesso quando essa separazione si è resa impossibile a causa della già avvenuta confusione dei due patrimoni.

L. 1, § 12, *h. t.* - Praeterea sciendum est, postea, quam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem; confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit. Quid ergo, si praedia extent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud, quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio; nec ferendus est, qui causatur bona contributa, quum praedia contribui non possint, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis, ut impossibilem separationem effecerint; quod quidem perraro contingere potest.

3° Sono sottratte alla separazione le cose ereditarie vendute dall'erede in buona fede.

L. 2, *h. t.* - Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio; nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent.

4° Il beneficio della separazione non ha luogo per quei creditori i quali in qualunque modo hanno accettato l'erede come il loro vero debitore.

L. 1, § 10, *h. t.* - Illud sciendum est, eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt; ceterum si eum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum, quippe quum secuti sunt nomen heredis, nec possunt, iam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. Sed etsi usuras ab eo ea mente, quasi cum eligendo, exegerunt, idem erit probandum.

**298.** È controverso se accettata la eredità col beneficio dell'inventario si potesse concedere il beneficio della separazione.

Alcuni pratici credevano che in tal caso il beneficio della separazione è completemente inutile, essendosi col beneficio dell'inventario ottenuto lo scopo di separare i beni del defunto con quelli dell'erede.

Questa opinione si può dire oramai abbandonata, specialmente dopo le osservazioni del Faber. E ciò tanto se non si fosse domandato il beneficio dell'inventario (nel qual caso è evidente la necessità del beneficio della separazione), quanto nel caso che la eredità fosse stata accettata col beneficio.

Questa è la opinione più esatta, imperocchè il beneficio dell'inventario fu introdotto in esclusivo vantaggio dell'erede e dei creditori di lui. Gl'interessi dei creditori dell'eredità non furono in nessun modo presi in considerazione, specialmente se si consideri la condizione dei creditori ereditarii chirografarii i quali potevano rimanere incapienti a causa dei pagamenti dall'erede fatti ad altri creditori o eguali o anche posteriori.

Avendo l'erede beneficiario il diritto di pagare i creditori ereditarii come si presentano, i creditori chirografarii rimasti insoddisfatti per tal modo di pagamento si trovavano nella condizone di non potere affacciare pretensione alcuna. Mentre, domandando essi la separazione del patrimonio, possono pretendere di concorrere sul patrimonio separato secondo le regole del concorso dei creditori (1).

## § 79. — *Obbligazioni nascenti dalle disposizioni del defunto.*

299. Natura dell'obbligo nascente dall'accettazione delle eredità. — 300. Sanzioni in caso di non adempimento dall'obbligo medesimo.

**299.** Colla accettazione della eredità l'erede assume l'obbligo di eseguire le disposizioni del testatore, qualora da esse derivi un diritto in favore di un altro, purchè non siano impossibili e non abbiano il carattere di *nuda praecepta*.

Quanto alla origine e al carattere giuridico delle obbligazioni nascenti dalle disposizioni del testatore le fonti del Diritto Romano assegnano ad esse il posto tra le obbligazioni *quasi ex contractu*.

§ 5, *Inst. de obbligat. quasi ex contr.* (3, 27) - Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obbligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), et tamen quia ex maleficio non est obbligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur (2).

**300.** In caso che l'erede non adempia alle disposizioni contenute nel testamento, egli può andar soggetto primamente ad una ammonizione del Magistrato, in secondo luogo può per pena perdere la sua porzione in favore dei coeredi. Se egli è un erede necessario istituito oltre la quota legittima, non adempiendo alle disposizioni del testatore, rimane erede solamente sulla porzione legittima, ed il supero è devoluto ai coeredi, o, in mancanza di questi, ai legatarii, e da ultimo, in mancanza di questi ultimi, al fisco. Chi sottentra all'erede deve prestare cauzione per gli obblighi ereditarii.

Nov. 1, cap. 1 - His igitur a nobis praeordinatis sancimus, eos, qui ab aliquibus scripti sunt heredes, aut meruerunt fideicommissa, per universitatem forsan, aut per speciem, aut legatum, necessitatem habere, quaecumque testator et honorans eos disposuerit, omnimodo ea complere, si quod praecipitur legittimum sit, aut si non illud aliqua lex prohibeat, vel, si non fiat ab eo, qui honoratus est, tamen ratum esse expresse iam demonstrat.

§ 1 - Si quis autem non implens quod dispositum est, sed dum competat ei, qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto Iudicis admonitus annum totum protraxerit, non agens hoc, quod praeceptum est, si quidem aliquis illorum fuerit, qui necessario ex lege praecipiunt, in plus autem, quam quod lex ei dari vult, scriptus est heres, tantum accipiat solum, quantum lex ei dari secundum quartam ab intestato partem concedit, aliud vero totum auferri. Et si quidem etiam alii quidam scripti sunt heredes accrescere illis secundum partem institutionis, quae unicuique distributa est; si vero nullus alter sit heres, aut sint quidem scripti quidam, non autem adeant hereditatem, tunc quod aufertur adiiciatur aliis rebus, et licentia praebeatur et legatariis et fideicommissariis, et servis libertate honoratis adire, et haec acquirere, ita ut

(1) Faber, *De error. Pragm.* Dec., II, Er., 2. — Mühlenbruch in *Glück.*, l. c. — Tewes, § 63.

(2) L. 5, § 2, *de obl. et act.* (44, 7); L. 3, § 3; L. 4, *quib. ex caus. in poss.* (42, 4); L. 114, § 14, *de leg.* (30); L. 38, § 4, *de leg.* (32).

omnibus modis quod praeceptum est per testantem impleatur; cautione videlicet prius ab eis facta, secundum quod personarum vel rerum receperit modus, quia res accipientes agunt in eis, quae recte voluerunt testatores. Si vero nullus horum, de quibus testamento memoria facta est, voluerit adire, hoc est cohaeres, aut legatarius, aut fideicommissarius, aut servus libertate honoratus, tunc ad alios, quos lex ab intestato vocat post eum quidem, qui scriptus est, et legittima per hanc legem parte exclusus, deferri res, et similiter praebentes cautionem, quia complent, quae testamento continentur.

Qualche volta ad assicurare l'esecuzione di determinate disposioni sono anche inflitte pene private a coloro che non le adempiono. Così:

*a*) se nel testamento vi sia una disposizione *ad piam causam*, e l'erede persista nella mora, anche convenuto in giudizio, egli è obbligato a rilasciare il doppio di ciò ch'era contenuto nella disposizione.

L. 46, § 7, Cod. *de episc. et cleric.* (1, 3) - Ut autem adhuc maiore metu terreantur heredes morientium, vel harum rerum faciendarum onere gravati, ne ea facere differant, et hoc sancimus, ut, si a Dei amantissimis episcopis conventi his rebus honerati in mora perseveraverint, ita ut praesidum exactione opus fuerit, confestim non solum simplum, quod relictum est, sed omnino duplum exigatur... (1).

*b*) Se un discendente deve all'altro discendente tutta o parte della porzione legittima, e si rende moroso anche dopo il giudizio, è obbligato a dare un terzo di più.

L. 33, pr., Cod. *de inoff. test.* (3, 28) - Si quis suo testamento maximam quidam portionem libero derelinquat, minusculam autem alii vel aliis de stirpe sua progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate, vel in legato, vel in fideicommisso, ut non possit locus inofficiosi testamenti querelae fieri, et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substantiam, eam suscipere maluerit, qui autem ex maiore parte eam amplexus est, sive unus, sive plures sint, non statim et sine contentioso proposito, vel ulla mora eam restituere voluerit, sed exspectato iudiciorum strepitu et multis variis que certaminibus habitis, post longum tempus ex sententia iudicis vix eam reddiderit, crudelitatem eius competenti poena aggredimur, ut, si haec fuerint subsecuta, non tantum in id, quod testator voluit eum restituere, condemnetur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere cogatur, ut avaritia eius legitimi ictibus feriatur; aliis omnibus, quae in eodem testamento, vel elogio scripta sunt, pro sui tenore ad effectum perducendis.

L'erede può esimersi dal soddisfare qualunque obbligazione, se l'eredità è esaurita, ed egli l'ha accettata col benefizio dell'inventario (2).

### Rapporti giuridici dei coeredi tra loro.

#### § 80. — *Della divisione della eredità.*

301. Fondamento della comunione tra i coeredi. — 302. Natura degli obblighi dei coeredi tra loro, — 303. Regole relative alla divisione; *quid* relativamente alle cose indivisibili. — 304. Per quali cause la divizione può essere impugnata.

**301.** I. L'erede succede al defunto *in universum ius;* e questa universalità non è limitata che dalla simultanea esistenza del coerede, il quale, dovendo anch'egli succedere al defunto in *universum ius*, limita i dritti successorii dell'altro erede e vede i suoi egualmente limitati da lui.

Quindi, quando molti insieme succedono, ognuno rappresenta la persona del defunto, ma limitatamente; insomma ciascuno lo rappresenta *pro parte*. Ogni erede conformemente a ciò che si è detto sugli effetti dell'acquisto dell'eredità entra nella eredità in proporzione della sua parte e secondo questa proporzione vengono divisi i diritti, le azioni e gli obblighi ereditari. Tutta la proprietà del defunto trovasi in una parola devoluta a tutti gli eredi, ciascuno n'è proprietario; sicchè per mezzo dell'acquisto nasce fra essi un vero condominio, o meglio una vera comunione.

**302.** Dalla genesi di una tale comunione di beni, di cui ognuno ha una *pars pro indiviso*, si deliminano gli obblighi dei coeredi fra loro.

1° Il coerede che si trova in possesso delle cose ereditarie ha l'obbligo di amministrare debitamente le cose comuni. Quest'obbligo appartiene al diritto di obbligazione.

2° Il coerede ha l'obbligo di mettere nella massa quanto antecedentemente alla divisione avesse preso.

3° Non può impedire la divisione dell'asse ereditario.

**303.** Di questa divisione ci tocca ora di occuparci specialmente. Eccone le principali regole:

1° La divisione dell'eredità può avvenire:

*a*) per volontà stessa del testatore, quando egli divide l'asse ereditario, oppure commette ad una persona la divisione;

L. 20, § 3, *fam. erc.* (10, 2) - Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint.

*b*) per accordo tra i coeredi, i quali o dividono essi stessi la massa ereditaria o scelgono un arbitro. Questo accordo deve essere posteriore alla morte del defunto; qualunque patto sulla futura successione è nullo, salvo una certa modalità.

L. 30, Cod. *de pactis* (2, 3) - De quaestione tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus: Duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate observari, vel, si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit, et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi, qui pactionem fecerunt. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit. Tunc etenim, sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare; quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim,

(1) Nov. 131, § 1, 12.

(2) Nov. 1, 2, § 1, 2.

neque donationes talium rerum, neque hypotecas penitus esse admittendas, neque alium quemquam contractum, quum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel pacisci secta temporum nostrorum non patitur.

c) Mediante l'autorità giudiziaria nel giudizio *familiae erciscundae.*

2° Il diritto di chiedere la divisione è dato a ciascun coerede. La divisione, essendo per sè stessa una specie di alienazione, dev'essere domandata da chi abbia il diritto di disporre. I minori quindi non possono dimandare la divisione senza un decreto del magistrato, eccetto quando sia stata già chiesta da un maggiore.

L. 43, *fam. erc.* (10, 2) - Arbitrum familiae erciscundae, vel unus petere potest; nam provocare apud iudicem, vel unum heredem posse, palam est; igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit, vel unus arbitrum poscere.

3° La divisione non può essere impedita nè per proibizioni del testatore nè per accordo delle parti. È valida però la convenzione di restare in comunità per un certo tempo.

L. 14, § 2, *comm. div.* (10, 3) - Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est, sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.

4° Il giudice o l'arbitro deve spartire l'eredità nel modo più acconcio, più naturale e più utile ai coeredi.

L. 55, *fam. erc.* (10, 2) - Si familiae erciscundae, vel communi dividundo iudicium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre, et adiudicare omnes res (1).

5° La divisione deve comprendere tutte le sostanze ereditarie, e nel farla l'arbitro deve avere primamente riguardo alla volontà del testatore, e a quella degli eredi.

L. 21, Cod. *fam. erc.* (3, 36) - Si cogitatione futurae successionis, officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo, pater communis iudicio suo, vel qualicunque iudicio suam declaravit voluntatem, inter eos, qui ei successerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter pro virili praeterea portione eorum, quae nulli generaliter vel specialiter adsignavit, facta divisione in adiudicando patris sequetur voluntatem.

6° Se gli eredi non si accordano, si ripartisce il denaro e tutto ciò che è divisibile. Ciò che non è suscettibile di divisione si cede al maggiore offerente o a colui che ha la maggior parte ereditaria, e, se le condizioni sono pari, in caso di dissenso, decide la sorte, e gli altri vengono soddisfatti in altri effetti.

L. 22, § 1, *fam. erc.* (10, 2) - Familiae erciscundae iudex ita potest pluribus eamdem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur, vel si certam partem unicuique coheredum assignet; sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare (2).

Se gli eredi non offrono prezzo, la cosa deve essere venduta all'asta pubblica, ovvero resta in comune, ritraendone tutti insieme l'usufrutto.

7° Tra le cose indivisibili, sono da annoverare:

a) quelle contrarie ai buoni costumi o al pubblico bene, le quali sieno tolte al commercio, come veleni, libri proibiti, ecc.

L. 4, § 1, *fam. erc.* (10, 2) - Mala medicamenta et venena veniunt quidem in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet; boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his similibus; haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

b) i documenti che riguardano gl'interessi di più eredi. Essi sono dati in custodia o a chi ha la maggior parte dell'eredità, o a chi è eletto per sorte, o da ultimo ad un depositario o ad una chiesa.

L. 5, *fam. erc.* (10, 2) - Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit; ceteri descriptum et recognitum faciant cautione interposita, ut quum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet aut ex consensu, vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in aede sacra deponi debent.

c) la servitù;

d) i monumenti sepolcrali della famiglia;

e) finalmente sono indivisibili dai diritti cui appartengono le azioni ad essi corrispondenti.

8° Compiuta la divisione la proprietà della singola parte passa al singolo coerede per aggiudicazione, se la divisione fu fatta giudizialmente, ovvero per tradizione, se fu compiuta col consenso delle parti.

§ 17, *Inst. de off. iud.* (4, 17) - Quod autem istis iudiciis alieni adiudicatum sit, id statim eius fit, cui adiudicatum est (3).

9° Se tra le cose divise vi fossero cose altrui, in qualunque modo si faccia la divisione, tutti i coeredi sono tenuti alla garentia per evizione.

L. 25, § 20-21, *fam. erc.* (10, 2) - Iudex familiae erciscundae... Item curare debet, ut de evictione caveatur his, quibus adiudicat.

L. 14, Cod. *fam. erc.* (3, 36) - Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum aequo iure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adiudicatarum specialiter inter vos convenit, id est ut unusquisque, eventum rei suscipiat, recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere, Praeses provinciae per actionem praescriptis verbis compellet (4).

**304.** 10° Vediamo infine se e per quali cause la divisione compiuta può essere impugnata.

a) La divisione fatta dal testatore stesso non può essere impugnata, che per lesione alla quota legittima.

L. 10, Cod. *fam. erc.* (3, 36) - Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos voluntati eius, salva legis Falcidiae auctoritate, obtemperandum esse manifestum est; nec mutat, quod in sequentibus verbis mancipia sua universa, nulla facta eorum discretione commendanda putavit heredibus, quum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento relinquenda esse decrevit.

b) La divisione fatta estragiudizialmente per accordo tra i coeredi può essere impugnata solo per dolo o per errore.

(1) L. 52, § 2, *h. t.*
(2) L. 26, § 2, *de leg.* (30); L. 34, § 2, C. *de don.* (8, 54).
(3) L. 15, Cod. *fam. erc.* (3, 36).
(4) L. 66, § 3, *de evict.* (21, 1); L. 1, 7, Cod. *comm. utr.* (3, 38).

L. 3, Cod. *comm. utr. iud.* (3, 38) - Maioribus etiam, per fraudem vel dolum, vel perperam, sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit in melius reformabitur.

*c*) La divisione fatta dal giudice nel giudizio *familiae erciscundae* non può essere impugnata nè per dolo, nè per errore, nè per inuguaglianza di parti. La sentenza può essere solo emendata, se in essa sieno incorsi errori di calcolo.

L. 36, *fam. erc.* (10, 2) - Quum putarem te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio, et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt; quaero rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio, et an aliud in eo qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: qui ex asse heres erat, si, quum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficit, quod quis se putat condemnatum. Quodsi neuter eorum heres fuit, sed, quasi heredes essent, acceperint familiae erciscundae iudicium de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest; non enim transactum inter eos intelligitur, quum ille coheredem esse putaverit (1).

L. 1, § 1, *quae sent.* (49, 8) - Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est; veluti si iudex ita pronuntiaverit: *quum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie vigintiquinque debere, idcirco Lucium, Titium Seio centum condemno;* nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. Sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et vigintiquinque fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est, nec appellare necesse est; si vero ideo, quoniam et alias species vigintiquinque fuisse dixerit appellationi locus est.

## § 81. — *Dell' actio familiae erciscundae.*

Bibliografia.

T., D. *famil. ercisundae* (10, 2); C. *famil. erciscundae* (3, 36); C. *communio utriusque iudicii, tam famil. erciscundae, quam communi dividundo* (3, 38)

Voet, *De familia erciscunda liber singularis*, Ult. 1672. — Wolf, *De pignore a creditoris heredibus in familiae erciscundae iudicium deducto*, Kiliae 1843. — Zimmermann, *Archiv. f. civil. Praxis*, XXXIV, N. 9. — Müller, *Zeitschrift f. Civilr. u. Process.*, I, pag. 313. — Linde, *ibid.*, pag. 317. — Rosshirt, *Test. Erbr.*, II, pag. 81. — Glück, XI. — Heimbach *in Rechtslexicon*, III, pag. 947, ss. — Tewes, II, § 65.

305. Natura giuridica dell'*actio familiae erciscundae;* parti di questo giudizio; si suppone la qualità di erede. — 306. Scopo di questa azione relativamente alla decisione e alle prestazioni personali, e soggetta a prestazioni personali.

**305.** Come si disse innanzi, la divisione della eredità può avvenire o per l'espressa volontà del testatore o per convenzione dei coeredi, o infine per giudizio e quindi per sentenza giudiziale.

L'azione che dà adito a questo giudizio di divisione è l'*actio familiae erciscundae*, antica azione civile già stabilita nelle leggi delle XII tavole.

L. 1, pr., *h. t.* - Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum. Namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

Il pretore la introdusse nel suo editto. È fondamento di questa azione l'obbligo assunto dai coeredi con l'accettazione della eredità di dividere la eredità medesima.

Le condizioni per essere ammessa sono le seguenti:

1° È attore qualunque coerede, il quale abbia già accettata la eredità. L'erede fedecommissario, l'impubere arrogato per la quarta Divi Pii, il compratore della eredità, perchè non sono veri eredi, non hanno la diretta, sibbene loro è concessa la *utilis actio familiae erciscundae.*

L. 40, *famil. erc.* (10, 2). — Si ex asse heres institutus rogatus sit, mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, utile familiam erciscundae iudicium recte inter nos agetur.

L. 2, § 1 (10, 2) - Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor fit, utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium.

L. 5, Cod. *de her. vel act. vend.* (4, 39) - Emtor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarias actiones emtori tribui placuerit (2).

2° Ogni coerede in questo giudizio può tenere le parti di attore e quelle di convenuto, senza che dal principio possa determinarsi quali dei coeredi sarà l'attore, quale il convenuto. Infatti ogni coerede può in questo giudizio essere attore, avendo ognuno diritto di pretendere giudiziariamente la divisione, ed ognuno dei coeredi può essere il convenuto, avendo tutti l'obbligo di sottostare al giudizio medesimo. È per questo che questo giudizio è *iudicium duplex.*

L. 2, § 3, *fam. erc.* (10, 2) - In familiae erciscundae iudicio unusquisque heredem et rei, et actoris partes sustinet.

L. 13, *de iudic.* (5, 1) - In tribus istis iudiciis, familiae erciscundae, communi dividundo, et finium regundorum quaeritur, quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset.

L. 14, Cod. - Sed quum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet.

3° L'azione *familiae erciscundae* suppone nelle parti la qualità di erede. Una delle eccezioni del reo convenuto per opporsi all'attore nel *iudicium familiae erciscundae* è il negare nello attore la qualità di erede. Allora questi dovrà preventivamente provare la qualità negata o incidentemente, se è in possesso di tutta o di parte dell'eredità, od altrimenti con la *hereditatis petitio.*

L. 1, § 1, *h. t.* - Quae quidem actio nihilominus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat.* Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio; quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

**306.** 4° L'*actio familiae erciscundae* intende alla divisione della eredità non solo, ma ancora alla prestazione di obbligazioni personali nate fra i coeredi durante, e a causa della comunione. Essa può essere diretta an-

(1) L. 3, Cod. *comm. utr. iud.* (3, 38).

(2) L. 7, *si pars. her. pet.* (5, 4); L. 49, *fin. fam. erc.* (10, 2).

cora esclusivamente a queste prestazioni personali così prima come dopo la divisione.

L. 31, *h. t.* - Si servus pignori obbligatus luatur ab uno ex heredibus, quamvis postea decedat, officium tamen arbitri durat; sufficit enim communionis causa, quae praecessit, quaeque hodie duraret, si res non intercidisset.

Rispetto a questi rapporti personali tra i coeredi durante la comunione è da osservare che chi amministrò le cose ereditarie è tenuto a provare ai coeredi di aver usato nell'amministrazione la diligenza in *rebus suis*. Inoltre l'amministratore coerede deve render conto esattissimo della gestione delle cose comuni, e pagare gli interessi decorsi. Dall'altra parte egli ha diritto di essere ristorato delle spese fatte in vantaggio della eredità amministrata.

L. 60, pr., *pro socio* (17, 2) - Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, quum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labio ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse; sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.

Ai pesi che gravitano sulle cose, ed ai frutti percepiti prima della *aditio hereditatis* non si estende l'*actio familiae erciscundae*.

L. 44, § 3, *h. t.* - Fructus, quos ante aditam hereditatem ex fundo hereditario heres capit, non aliter familiae erciscundae iudicio praestare eum Iulianus ait, quam si, quum sciret hereditarium fundum esse, ceperit.

L'*actio familiae erciscundae*, avendo per fondamento la divisione della eredità, ed essendo il diritto ereditario una condizione intrinseca all'esercizio di detta azione, non può essere esercitata da colui che non ha la qualità di erede, neppure dal vero erede che non abbia ancora la coscienza di esserlo.

L. 49, *in fin.*, *h. t.* - Ceterum cessat familiae erciscundae actio, et ideo si, antequam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, familiae erciscundae iudicio non erit locus, quia non animo heredis gessisse videtur. Quare qui ante aditam hereditatem quid gessit, veluti si testatorem sepelivit, familiae erciscundae iudicium non habet; sed si post aditam hereditatem id fecit, consequenter dicemus, familiae erciscundae iudicio consequi eum posse sumtum, quem fecit in funus.

5° *L'actio familiae erciscundae* non può essere esercitata che una sol volta. Senonchè, quando uno dei coeredi fu assente durante la divisione, essa può essere nuovamente prodotta in un caso speciale, quando cioè nella divisione i condividendi abbiano usato dolo a danno dell'assente.

L. 44, § 2, *h. t.* - Si coheredes absente uno coherede rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret, vel familiae erciscundae iudicio praestabunt ei, qui abfuit vel hereditatis petitione.

Se nel giudizio di divisione siano rimaste indivise alcune cose, si può rispetto a queste introdurre l'altra azione di divisione, cioè l'*actio communi dividundo*.

L. 20, § 4, *h. t.* - Familiae erciscundae iudicium amplius, quam semel agi non potest, nisi causa cognita. Quod si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

6° L'*actio familiae erciscundae* per esplicita disposizione di Giustiniano è soggetta a prescrizione trentennale.

L. 1, § 1, C. *de annali except.* (7, 40) - .....Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari. Sed ex quo ab initio competit, et semel nata est, et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti actione dicebatur, post memoratum tempus finiri.

### § 82. — *Della collazione.*

Bibliografia.

T., D. *de collatione* (37, 6); D. *de collatione dotis* (37, 7); T., C. *de collationibus* (6, 20); Nov. 18, R. 6.

Unterholzner, *Historia iuris Romani de collationibus*, Altdorf 1809. — Mascovius, *De collatione bonorum*, opusc., pag. 213. — Peterssen, *De collationibus bonorum ad heredes ab intestato restricta*, Hasniae 1825. — Pfitzer, *Ueber die Collation der Descendenten*, Stuttgart 1807. — Francke, *Grundzüge der Lehre des röm. Rechts von der Collation*. *Civil. Abhandlungen m. r.*, 4, pag. 174. — Fein, *Das Recht der Collation*, Heidelberg 1842. — Schmidt, *Ueber das Princip der prätorischen*, *in Iahrbücher des gem. recht*, 4 — Arndts *in Rechtslexicon*, 3. — Vangerow, II, § 515. — Tews, II, § 66.

307. Nozione della collazione. — 308 *Collatio omnium bonorum* introdotta nel diritto antico per l'emancipato; fondamento di questo istituto. — 309. A chi spettava l'obbligo alla collazione; in vantaggio di chi era costituita; interpretazione della L. 1, § 24, *de coll.* e della L. 1, § 16, *de coniungend. cum emanc. lib.*; obbietto del conferimento. — 310. Quali cose erano escluse dal conferimento. — 311. Rapporto tra *sui* ed emancipati riguardo alla collazione. — 312. Modi con cui può adempiersi all'obbligo della collazione. — 313. Se la collazione dell'emancipato sia stata abolita dalla legislazione giustinianea; controversia. — 314. Della *collatio dotis*; come ed in quali proporzioni fu introdotta.

**307.** L'obbligo che hanno alcuni coeredi di rimettere nella massa ereditaria la parte che abbiano antecedentemente alla morte del testatore ricevuto da lui dicesi *collazione*.

L'obbligo e il relativo diritto alla collazione ebbero caratteri diversi secondo i tempi nella storia del diritto romano.

Nell'antico diritto si trovano due specie di collazione, cioè la *collatio omnium bonorum* e la *collatio dotis*.

**308.** I. La *collatio omnium bonorum* introdotta per l'emancipato in favore dei *sui* poggiava sopra un principio di equità, e mirava a togliere certe differenze tra coeredi discendenti nella divisione della eredità, quando il diritto pretorio ammise gli emancipati a concorrere insieme ai *sui* alla eredità paterna.

Secondo il diritto antico, come si è notato innanzi, solamente i *sui* erano ammessi alla successione intestata e necessaria del padre ad esclusione degli emancipati, i quali, essendo usciti dall'agnazione, avevano perduto rispetto al padre ogni diritto alla successione di lui. Ammessi dopo gli emancipati a concorrere con i *sui* con la *bonorum possessio unde liberi e contra tabulas* la loro posizione si trovò più vantaggiata, perocchè, mentre tutti gli acquisti fatti dal *suus heres* avevano aumentato il patrimonio di famiglia, gli acquisti invece fatti dall'emancipato, dal momento della emancipazione fino alla morte del padre, erano diventati patrimonio libero di lui. Ora trovandosi *suus* ed emancipato a concorrere sul patrimonio ereditario del co-

mune genitore, equità esigeva che si dovesse tener conto della diversa condizione giuridica loro, mettessero tutti nella medesima condizione economica rispetto al padre, e che quindi si obbligasse l'emancipato a conferire in esclusivo vantaggio dei *sui* tutto quello ch'egli aveva acquistato per sè durante il periodo della emancipazione, e che avrebbe acquistato per il padre, se egli fosse rimasto sotto la patria potestà di lui. Per la qual cosa convenne fingere essere l'emancipato ancora sotto la patria potestà, d'onde l'obbligo di rimettere nel patrimonio paterno, tutto quello ch'esso emancipato aveva acquistato per sè dall'epoca dell'emancipazione fino alla morte del padre.

Questa collazione che è il primo istituto sorto riguardo a questo obbligo era governata dalle seguenti regole:

1° L'obbligo alla collazione spettava solo agli emancipati, e mai ai *sui*, tutte le volte che i primi vengono alla eredità paterna con la *bonorum possessio unde liberi*.

L. 1, pr., § 5, *h. t.* - Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut suo quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. — § 5. Toties igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati; ceterum si non est, collatio cessabit.

Tale obbligo è in generale trasmesso agli eredi dello emancipato quando egli muore dopo l'*agnitio* della *bonorum possessio* (1).

**309.** 2° La collazione era stabilita esclusivamente in vantaggio del *suus heres* e non in pro degli altri emancipati.

L. 1, § 24, *h. t.* - Portiones co'lationum ita erant faciendae, utputa duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta, ducenta fratribus conferet sibi centum, facit enim iis partem, quamvis is sit cui conferri non solet. Quodsi si duo sint filii emancipati habentes trecenta, et duo in potestate, aeque dicendum est, singulos singulis, qui sunt in potestate, centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. Dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut, quicunque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis.

Questo principio pare contradetto dalla

L. 1, § 16, *de coniung. cum emanc. liber. eius.* (37, 8) - Si sit filius in potestate, alius emancipatus, ex defuncto unus nepos in potestate, alius nepos emancipatus, eleganter Scaevola tractat, patruus emancipatus quantum nepotibus, quantum fratri suo conferat; et ait posse dici, tres eum partes facere, unam sibi, unam fratri, unam istis collaturum, quamvis hi minus, quam patruus ex hereditate avi concurrente patre sint habituri; quae sententia vera est.

Essendo determinato in questo testo il vantaggio della collazione anche per il nipote emancipato, pare che venga contradetta la regola surriferita.

A parte le modificazioni o le interpretazioni congetturali, che si son volute adoperare in questo testo per metterlo in armonia con la regola generale suesposta (2), pare a prima vista probabile la opinione del Vinnio (3), secondo il quale l'obbligo della collazione è stabilito in vantaggio diretto del nipote in potestà; però questo vantaggio, dovendo dividersi col fratello emancipato, la collazione indirettamente giova a quest'ultimo.

Quello che c'è di vero in questo modo di vedere è l'idea che la porzione di ciò che deve conferire il figlio emancipato è misurata non da un nipote, ma da entrambi come formanti una stirpe; però l'ammettere che questo vantaggio debba esser diviso tra il nipote in potestà e il fratello emancipato è contrario alla regola innanzi ammessa. Quindi la opinione del Vinnio non mena ad alcun risultato. Piuttosto è da ammettere che la misura del conferimento stabilito a carico del figlio emancipato sia determinata secondo coloro che concorrono considerando i due nipoti come una sola stirpe. E perciò il figlio del defunto emancipato deve conferire in guisa che della parte conferita se ne facciano tre porzioni, una per sè, l'altra pel fratello e l'altra a causa dei nipoti, ma non è detto che essa parte cada in vantaggio di entrambi, sibbene è da decidere ch'essa sia in vantaggio esclusivo del nipote rimasto sotto la patria potestà. Le parole finali devono intendersi in questo modo: il figlio emancipato, considerati i nipoti come stirpe, deve conferire tanto per quanto conferisce al fratello *suus*, sebbene questi nipoti per l'editto *de coniungendis cum emancipato liberis* non avrebbero ottenuto tanto della eredità del loro avo, se il padre emancipato fosse ancora in vita (4).

3° Era obbietto del conferimento tutto il patrimonio dell'emancipato come si trovava all'epoca della morte del padre.

L. 6, C. *h. t.* - Ea demum ab emancipatis fratribus his, qui manserunt in potestate, conferri consueverunt, quae in bonis eorum fuerunt eo tempore, quo pater fati munus implevit, exceptis videlicet, quae ab ipsis aliis debentur (5).

Ciò che periva di questo patrimonio, anche dopo la morte del padre, senza dolo o colpa dell'emancipato non si comprendeva nella collazione.

L. 2, § 2, *h. t.* - De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere; et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona; vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere (6).

Non erano da conferire gli acquisti fatti dall'emancipato successivamente alla morte del padre.

L. 15, C. *h. t.* - Nec emancipati post mortem communis patris quaesita conferre coguntur, sed haec retinentes eius bona pro hereditaria dividunt portione.

**310.** Non poteva naturalmente essere oggetto di collazione tutto ciò che forma parte del peculio castrense e quasi castrense dello emancipato, perchè sarebbe esclusivo patrimonio del figlio, anche quando esso si trovasse sotto la patria potestà del padre.

L. 1, § 15, *h. t.* - Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur.

Era esclusa ancora dalla collazione la dote che riceve l'emancipato ammogliato.

---

(1) L. 3, *h. t.*

(2) Cuiacio, *Observ.*, III, k. 29. Pothier *in Tit. de collat.*, N. 16. Schutting ad *h. l.*, VI, pag. 43. V. Unterholzner, *Histor. doctrin. iur. Rom.*, *de collationibus*, Altdorf 1809, pag. 27.

(3) *De collat.*, cap. 4, N. 6.

(4) Vangerow, II, § 515, nota n. 2.

(5) L. 1, pr.; L. 3, § 3, *h. t.*

(6) Confr., L. 16, § 4; L. 25, § 16 e 18, *famil. erc.* (10, 2).

L. 1, § 20 - Emancipatus filius, si dotem habeat ab uxore acceptam, hoc minus confert, et si ante uxor decesserit (1).

Era lo stesso per tutto ciò che il figlio emancipato aveva ricevuto *dignitatis nomine.*

L. 1, § 16, *h. t.* - Sed an id, quod dignitatis nomine a patre datum est vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus. Et ait Papinianus libro tertio decimo quaestionum, non esse cogendum; hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum.

Finalmente era sottratta all'obbligo della collazione la azione d'ingiuria essendo esclusivamente penale senza effetti patrimoniali.

L. 2, § 4, *h. t.* - Emancipatus filius, si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet; magis enim vindictae, quam pecuniae habet persecutionem; sed si furti habeat actionem, conferre debebit.

**311.** 4° Di ciò che si conferiva si avvantaggiavano il conferente e i *sui* o coloro che succedevano pei *sui* premorti; di guisa che l'emancipato rispetto agli altri *sui* o alle loro stirpi acquistava sempre una porzione virile. Gli altri emancipati erano interamente esclusi. Se quindi, p. es., un solo emancipato concorreva con uno o più *sui*, ognuno di essi prendeva su quello che si conferiva una porzione virile. Se invece concorrevano più emancipati con due *sui* ogni emancipato su ciò che si conferiva da lui riteneva un terzo, e dava a ciascuno dei due *sui* un altro terzo senza tener conto degli altri emancipati (2).

Questa disuguaglianza di trattamento in favore dei *sui* e contro gli emancipati era giustificata dall'idea che un beneficio accordato contro il diritto civile agli emancipati non dovesse produrre alcun incomodo per i *sui*, ai quali si dava in compenso un certo vantaggio.

L 2, § 5, *h. t.* - Si tres emancipati, duo in potestate sint, Caius Cassius libro septimo iuris civilis tertias conferendas putat, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint, nec indignari eos oportere, si plus conferant, et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit, bonorum possessionem omittere; Iulianus quoque Cassii sententiam sequitur (3).

Se l'emancipato concorreva coi proprii figli rimasti sotto la patria potestà dell'avo, egli per la clausola *Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis* conferisce in favore dei figliuoli solo la metà e mantiene per sè l'altra delle cose soggette a collazione.

L. 1, § 13, *de coniung. cum eman. lib.* (37, 8) - Emancipatus filius, si quidam nepotes in avi potestate non habeat, fratribus suis conferet; sed si sint nepotes, voluit eum Praetor filiis suis, qui sunt in potestate, solis conferre; merito, quia veniendo ad bonorum possessionem illis solis iniuriam facit (4).

5° In conformità dei principii e dello scopo di questo istituto l'emancipato non è tenuto a conferire tutti gli acquisti che non sarebbero tornati a profitto del padre nè appartenuti alla sua eredità.

Le regole sulle proporzioni dei beni da conferirsi sono congruamente modificate, quando non tutta la porzione che l'emancipato prende sulla eredità paterna è tolta al *suus*. Così, p. es., se in un testamento il *suus* è istituito per tre quarte parti dell'eredità ed un estraneo per l'altra quarta parte, l'emancipato, venendo nella successione con la *bonorum possessio contra tabulas*, non deve conferire tutto quello che ebbe acquistato per sè durante la emancipazione, ma solo la quarta parte, perchè il *suus* a causa dell'intervento del fratello emancipato non è privato nella eredità che di una sola quarta parte.

L. 1, § 3, *h. t.* - Si ex dodrante fuit institutus filius, qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipiente contra tabulas pro quadrante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri abstulit. Argumentum pro hac sententia affert Pomponius, quod filius emancipatus nepotibus ex se natis solis conferre cogitur (5).

**312.** 6° La collazione dell'emancipato poteva farsi in due modi, *aut re aut cautione.*

L. 1, § 11, *h. t.* - Quamvis autem Edictum Praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius libro septuagesimo nono ad Edictum scripsit; aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est. Igitur dividat, inquit, bona sua cum fratribus, et quamvis non caveat satisfacit Edicto. Sed et si quaedam dividat, de quibusdam caveat, aeque dicimus, eum satisfecisse. Sed quum possint esse quaedam in occulto, non satis confert, qui non cavit, quamvis dividat. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet, sed dicantur quaedam non esse in commune redacta, tunc propter incertum cautio erit interponenda.

La collazione adunque può farsi conferendo nella massa ereditaria le cose da conferire; ma ciò non è indispensabile, perocchè è sufficiente che l'obbligo della collazione sia assicurato dall'emancipato con una cauzione e specialmente con un *stipulatio collationis*, ovvero con dare un mallevadore o costituire un pegno od una ipoteca.

L. 5, § 1, *h. t.* - Stipulatio autem collationis tunc committitur, quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit, maxime quum boni viri arbitratu collationem fieri Edicto Praetoris insertum est.

L. 1, § 9, *h. t.* - Iubet autem Praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur; caveri autem per satisdationem oportere, Pomponius ait. An pignoribus caveri possit, videamus; et Pomponius libro septuagesimo nono ad Edictum scripsit, et reis, et pignoribus recte caveri de collatione; et ita ego quoque puto.

Quando l'emancipato abbia acquistato l'eredità con la *bonorum possessio nec dividendo nec cavendo*, relativamente alle sanzioni che accompagnano quest'obbligo, bisogna distinguere se ciò non fu fatto per *contumacia* ovvero per *inopia*. Nel primo caso all'emancipato son denegate tutte le azioni nascenti dall'*agnitio bonorum possessionis* e attribuite ai *sui*.

L. 2, § 8, *h. t.* - Si duo emancipati bonorum possessionem petierint, et unus contulerit, alter non contulerit, huius portio tantum ei, qui in potestate est, prodesse debet, non etiam emancipato, quoniam eius causa, qui in potestate est, denegantur ei actiones (6).

Se invece l'emancipato mancò per *inopia*, anche a lui vengono denegate le azioni, le quali non si trasmettono

(1) L. 3, § 4, *h. t.*
(2) L. 1, § 24, *h. t.*
(3) L. 2, § 7; L. 1, § 24; L. 3, § 2, *h. t.*
(4) L. 1, § 15-16, *de coniung. cum eman. lib.* (37, 8).

(5) Vedi la diversa interpretazione data da Cuiacio, *Obs.* 3, cap. 29 e nelle *Recitationes solemn. ad h. t.*, L. 1. Pfitzer, op., pag. 39. Vedi Fein., op., pag. 73.
(6) L. 1, § 10-13; L. 3, pr., *h. t.*; L. 11, C. *h. t.*

immediatamente ad altri, sibbene, restano in sospeso in seguito, e quando sarà in grado di dare cauzione avrà il diritto a conseguire tutta la porzione ereditaria.

L. 2, § 9, *h. t.* - Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit invenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt, actio detur, ipsique caveant in medium collaturos, si cautum iis fuerit.

313 È molto controverso se la collazione dell'emancipato sia stata accolta nel diritto Giustinianeo, e specialmente dopo le Novelle 115 e 118.

Quanto al diritto Giustinaneo primo delle Novelle la collazione dell'emancipato serba interamente il suo carattere; lo prova il titolo speciale consacrato nelle Pandette per questa collazione con tutti i principii fondamentali del diritto antico, similmente nel Codice molte costituzioni si riferiscono all'antica collazione (1).

Certo nel Codice si trovano introdotte radicali modificazioni a questo riguardo.

L. 17, C. *h. t.* - Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis, quocumque iure intestatae successionis, id est aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota rescisso, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte aut pronepote sive pronepte, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponsos earum, ut per eos eadem in sponsas donatio celebretur, ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur; emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum quae in ipso emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem acquisierint collaturis.

In fine di questo testo si rammenta la collazione dello emancipato e più una novità che a ragione fu considerata una interpolazione di Triboniano (2), e consiste nello stabilire l'obbligo della collazione dell'emancipato in ciò che questi acquistava dal padre dopo la emancipazione. Inoltre in questo stesso testo riportato si trova una seconda modificazione all'antico diritto in ciò che il peculio profettizio che non fu rivocato dal padre nell'atto dell'emancipazione è considerato come oggetto di collazione (3).

Quanto al diritto delle Novelle vi ha oggi una tendenza a credere che la collazione dell'emancipato sia completamente sparita. E di vero colla Nov. 118 l'emancipato, essendo equiparato perfettamente al *suus*, anzi, per meglio dire, essendo tolta ogni differenza tra *suus* ed *emancipatus*, di guisa che entrambi succedono per diritto civile, non vi può esser luogo alla collazione dell'emancipato. Lo stesso sarebbe avvenuto in virtù della Nov. 115.

Questa questione si rannoda all'altra già discussa se cioè dopo la Nov. 115 vi resta ancora applicabile la *bonorum possessio contro tabulas*. Certo coloro che affermano esser l'istituto della *bonorum possessio contra tabulas* estinto dopo le Nov. 115 e 118 logicamente devono ritenere non esservi più traccia della collazione dell'emancipato; mentre coloro che accettano il così detto sistema correttivo, e quindi ammettono che in certe circostanze molto limitate la *bonorum possessio contra tabulas* sia ancora in vigore, devono necessariamente ammettere che nei pochi casi in cui la *bonorum possessio contra tabulas* sia applicabile nel suo primitivo carattere, quando cioè l'emancipato concorra con l'aiuto della *bonorum possessio* coi *sui*, la collazione dell'emancipato sia ancora rimasta (4).

314. II. La *collatio dotis* fu una speciale applicazione dei principii della collazione al caso, quando il padre dava una dote alla figlia nell'atto del matrimonio. Questa figlia come *heres sua* aveva oltre a ciò un diritto di eredità rispetto al padre. Se ella richiedeva dal Pretore la *bonorum possessio*, questi nell'ammetterla, la obbligava a conferire nella massa ereditaria la dote antecedentemente ricevuta.

Da Antonino in poi essa, sotto pena di perdere le azioni ereditarie, fu obbligata a conferire la dote anche quando succedeva come erede civile.

L. 1, pr., *de dotis collatio* (37, 7) - Quamquam ita demum ad collationem dotis Praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen et si non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat; et hoc Divus Pius Ulpio Adriano rescripsit, etiam eam, quae non petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae erciscundae posse compelli.

Questa collazione da principio, come la collazione dell'emancipato, doveva essere conferita solo ai germani *sui*, dopo fu ammessa anche in favore degli emancipati.

L. 3, C. *h. t.* ...Dotem sane quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet.

L. 4, C. *eod.* - Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant; nec dubium est profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse.

His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

## § 83. — *Della collazione dei discendenti.*

Bibliografia.

Nov. 18, cap. 6; Nov. 97, cap. 6.

Roesler, *Renunciat. hered. ab onere collat. liberare contra Lammers*, Francof. 1800. — Thibaut, *Ueber die Befreiung der Ascendenten und Brüder von der Collationspflicht* (*Archiv. f. civil. Praxis*, v, n. 13, VIII, n. 7). — Lo stesso in Heidelb-Iahrbücher, 1808, p. 114. — Arndts, *Rechtslexicon*, III, verb. Einwerfung, III.

315. Collazione dei dipendenti, in che consiste; chi ha l'obbligo a conferire; *quid* rispetto all'ascendente instituito in *re certa*. — 316. Obbietto del conferimento relativamente al remoto discendente, nostra opinione. — 317. Reciprocità dell'obbligo alla collazione. — 318. Dispensa dall'obbligo alla collazione. — 319. Oggetto della collazione in generale. — 320. Cose non soggette a collazione. — 321. Modo di conferire. — 322. Mezzi per costringere il coerede alla collazione.

(1) L. 1, 6, 9, 11, 13, 15, 17 fin., 18, 21, C. *h. t.*
(2) Vangerow, II, § 515, nota n. 1.
(3) Vangerow, loc. cit.; vedi Mayer, *Erbr.*, I, § 126, nota 8.

(4) Vedi Vangerow, loc. cit. Francke, op. cit., 224. Mayer, op. cit., I, § 124, nota 9. Arndts, op. cit., pag. 822.

**315.** La collazione rimasta e sviluppata nella legislazione Giustinianea è quella messa per obbligo a tutti i discendenti.

1° Hanno l'obbligo alla collazione solo i discendenti, siano essi *sui* o emancipati, siano addottati o legittimati, i quali ereditano insieme un comune ascendente morto testato o intestato (1).

2° Sono ancora obbligati gli eredi dei discendenti, essi però vi sono tenuti quando hanno ereditato dal predefunto parente ed è pervenuto nelle loro mani quello ch'egli deve conferire.

3° È obbligato ancora colui a cui si trasmise la eredità nei casi di trasmissione.

L. 14, C. *de collat.* (6, 20) - Si maritus quondam tuus ab intestato patri suo heres extitit, et ei postumus a te editus successit, actiones hereditarias amitae filii vestri, quas habuit patris sui mortis tempore, dotem non conferenti denegare praeses non dubitabit.

4° Secondo la Nov. 18, Cap. 6 si è fatta la questione se fosse obbligato alla collazione anche il discendente instituito *ex re certa*. Ma secondo i principii da noi esposti sul merito di questa instituzione, salvo che non vi fosse una contraria intenzione del testatore, dovendosi considerare una vera instituzione di erede, l'*institutus ex re certa* non potrebbe sfuggire all'obbligo della collazione.

5° È anche controverso se siano obbligati a conferire i figli naturali, ed è stato ragionevolmente risposto dai più negativamente. Imperocchè non solo nelle leggi non si trova traccia di tale obbligo, ma ancora bisogna considerare che il diritto di successione messo pei figli naturali è un *ius singulare* (2).

**316.** È controverso sulla quantità di ciò che si deve conferire dai discendenti intermedii tra chi deve conferire ed il defunto. Innanzi tutto si domanda, se questo remoto discendente deve conferire tutto quello che avrebbe dovuto conferire il suo predefunto genitore.

Su questa quistione alcuni interpreti antichi e moderni ritengono, che in tal caso il remoto discendente, p. es., il nipote, ha un obbligo assoluto di collazione, sia che egli abbia, sia che egli non abbia ereditato il predefunto genitore (3).

Altri al contrario sostengono che in tale ipotesi il nipote sarebbe obbligato a conferire le cose, quando abbia ereditato la persona intermedia tra lui e il defunto, cioè il padre, e le cose da conferire siano realmente venute nelle sue mani. E questa pare sia la opinione da accettare. E di vero il principio fondamentale che regola l'istituto di questa collazione è che l'obbligo di essa riflette quelle cose, di cui l'erede chiamato a conferire si è veramente arricchito (4).

La opinione avversa ha per fondamento un così detto diritto di rappresentazione da noi innanzi combattuto. Nè la legge 19, C. *h. t.* può essere invocata per essere ivi supposto che il nipote abbia ereditato il padre. Neppure si può invocare il principio generale del così detto diritto di rappresentazione stabilito nella N. 118, Cap. 1; perocchè, se vi è disposto che il nipote non potrà conseguire dalla eredità dell'avo più di quello che sarebbe stato concesso al predefunto genitore, ciò non vuol dire che esso nipote debba essere obbligato come il predefunto di aumentare la eredità dell'avo con cose di sua esclusiva proprietà, e quindi a spese del suo patrimonio (5).

È controverso ancora, se il nipote debba conferire nella eredità dell'avo quello ch'egli in generale abbia ricevuto da lui, ovvero debba conferire queste stesse cose solamente quando le abbia ricevute dall'avo dopo la morte del padre. Si è sostenuto per analogia della legge Iunia Vellea che in questo caso, dovendosi considerare il nipote nell'ordine dei discendenti e quindi come possibile erede dell'avo, debba ritenersi, dato che succeda, come erede dell'avo fin dal principio. La distinzione se i nipoti abbiano ricevuto le cose prima o poi della morte del padre non si può ammettere, non trovandosi traccia alcuna nelle leggi, anzi nella legge 17, C. *h. t.* che si può dire la legge fondamentale di questa collazione, al nipote è fatto obbligo, senza eccezione, di conferire nella eredità dell'avo la *donatio propter nuptias* fatta dall'avo a lui (6).

E ciò tanto più quando si consideri che il nipote rispetto all'avo succede *iure proprio, non iure praedefuncti parentis* a causa della sua qualità di nipote.

Se egli in concreto non succede, avviene che tra lui e l'avo vi è una persona intermedia; se questa sparisce il diritto ereditario si esercita da lui nella qualità di nipote e non quale erede del predefunto genitore. Di qui si scorge chiaro quanto sia infondata la opinione di alcuni (7), che considerano il nipote come un estraneo rispetto all'avo fino alla morte della persona intermedia: donde poi la falsa conseguenza che questo nipote sia obbligato a conferire, chiamato all'eredità dell'avo, solamente quello che egli abbia ricevuto da lui dopo la morte del padre.

**317.** L'obbligo alla collazione è reciproca tra i coeredi, quindi chi è obbligato ha nel medesimo tempo il diritto di obbligare gli altri a conferire. Epperciò, quando tra i coeredi che hanno reciprocamente diritti ed obblighi alla collazione concorre qualche altro, come p. es., la vedova povera, estranei instituiti, questi non conseguono vantaggio alcuno dall'aumento prodotto alla massa ereditaria a causa delle cose conferite. Quanto al modo come questo aumento in tal caso debba essere diviso tra i coeredi aventi diritto alla collazione non vi ha alcuna disposizione speciale; però si può prender norma dalla *collatio emancipati*, cioè quando concorrono più emancipati con i *sui*, ritenendo gli eredi che hanno obblighi e diritti reciproci alla collazione come gli unici eredi e quindi dividono tra essi soli, il *conferendum* (8).

**318.** Il testatore può però, quando il voglia, dispensare l'erede dalla collazione, purchè non venga offesa la porzione legittima degli altri. Deve però espressamente dichiararlo: il suo silenzio intorno all'obbligo della collazione, che prima della Novella 18 era interpretata

(1) L. 17, Cod. *h. t.*; Nov. 18, cap. 6.

(2) Pfitzer, op. cit., § 76. Fein, pag. 206. Vangerow, II, § 516, nota 2, n. 5. Tewes, II, § 67.

(3) Puchta, *Pand.*, § 512, nota *e*. Mühlenbruch, *Doct. Pand.*, § 719, nota 14. Franke, op. cit., pag. 203. Fein, pag. 352. Rosshirt, *Test. Erbr.*, II, pag. 218. Vangerow, *Pand.*, § 516; in contrario, Pfitzer, opera cit., § 85-92. Thibaut, § 882. Schweppe, § 862.

(4) L. 20, C. *h. t.*

(5) Mühlenbruch, *Doctrina, Pand.*, § 719, nota 14. Puchta, *Pand.*, § 512, nota *e*. Franke, op. cit., pag. 203, nota 45. Rosshirt, *Testam. Erbr.*, II, pag. 218. Fein, op. cit., pag. 352. Sintenis, *Pract. Civilrecht*, III, pag. 547, nota 19. Vangerow, II, § 516, nota 2 *a*. Tewes, II, § 67, pag. 146.

(6) Vangerow, loc. cit., *b*. Arndts, op. cit., pag. 844. Fein. op. cit., pag. 362.

(7) Pfitzer, § 86. Rosshirt, *Einleit. test. Erbr.*, pag. 435.

(8) Vangerow, II, loc. cit., n. 2. Fein, pag. 281. Arndts.

come dispensa dalla collazione, dopo questa Novella in alcun modo non dispensa l'erede dalla collazione medesima.

Nov. 18, cap. 6 - Illud quoque bene se habere credimus hac lege complecti. Prioribus enim legibus volentibus in collationibus, si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri, si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus, sed res habere per dotem forte, aut alio modo datas, et quae sunt relicta defendere, nos sancimus, non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus (quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustatus huius non est memoratus), omnino esse collationes et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre, et quod iam datum est, et ex iure testamenti, omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt in sua virtute manentibus.

Questa dispensa dalla collazione può avverarsi anche nella successione intestata. Però a questo scopo vi abbisogna che la volontà del defunto sia espressa in una forma codicillare. Una qualunque altra dichiarazione non è valida, imperocchè è vero che l'obbligo alla collazione è fondato sopra la presunta volontà del testatore, ma una qualunque dichiarazione non è sufficiente a creare un effetto ereditario, se non riveste la forma voluta dalla legge, e queste forme sono esclusivamente il testamento e il codicillo.

**319.** Rispetto all'oggetto della collazione si può stabilire come principio generale che deve conferirsi tutto ciò che proviene dal comune genitore. Però non è da ammettere la dottrina una volta insegnata, cioè che un discendente debba conferire tutto ciò che egli abbia ottenuto liberamente dallo ascendente durante la vita di lui, sibbene quel principio debb'essere ammesso con molte limitazioni e riconoscere invece, che sia da conferire nella massa ereditaria tutto ciò che può essere imputato nella porzione legittima (1).

Più specialmente possiamo determinare l'obbligo alla collazione per le seguenti cose:

1° La dote costituita per la figlia o la nipote. Essa dev'essere conferita non solo se il dotante muoia durante il matrimonio, ma ancora se muoia dopo lo scioglimento di esso.

L. 5, C. *h. t.* - Dotis quidem petitio perseverante matrimonio tibi non competebat; quamvis enim meam, intestato patre defuncto, fratri conferre debueras, non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse, quum eo minus in partem tibi delatae successionis patris auferre potueris.

2° La donazione *propter nuptias*. La collazione di questa donazione fu sancita da Leone, non per diversità di condizione fra i successori, ma per far sì che un discendente non prendesse nella successione *ab intestato* più di quello che avesse potuto prendere un altro.

Relativamente alla collazione della dote e della *donatio propter nuptias* si fece quistione, se dovessero essere conferite anche nel caso che la figlia o la nipote ovvero il figlio succedano insieme ai figli di un fratello o di una sorella premorti; e se i figli del donatario o della dotata premorti dovessero conferirle trovandosi a succedere all'avo in concorrenza coi loro zii. La quistione fu risoluta da Giustiniano nella

L. 19, C. *h. t.* - ...De collatione vero dotis vel ante nuptias donationis, quam defuncta persona pro filio vel filia superstitibus et pro mortuo vel mortua filio vel filia dedisset, multa dubitatio orta est, superstitibus quidem filiis defunctae personae, non debere se dotem et ante nuptias donationem, pro se datam a suo patre vel matre, conferre filiis mortui fratris sui vel mortuae sororis suae, contendentibus eo, quod nulla constitutio super huiusmodi collatione posita est, nepotibus vero mortuae personae non tantum huic resistentibus, sed etiam illud asserentibus, quod onus collationis constitutione Arcadii et Honorii divae memoriae sibi impositum, in personis tantummodo suorum avunculorum, non etiam patruorum vel amitarum vel materterarum locum habere potest. Talem igitur subtilem dubitationem amputantes praecipimus, tam filios vel filias defunctae personae dotem vel ante nuptias donationem a parentibus suis sibi datam conferre nepotibus vel neptibus mortuae personae, quam eosdem nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem et ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, similiter conferre, ut, commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae, duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quae patri vel matri eorum, si superresset deferebatur, tertiam vero eiusdem portionis partem una cum sibi competentibus portionibus filii vel filiae defunctae personae, cuius de hereditate agitur, capiant.

3° Il prezzo di una milizia vendibile.

L. 20, C. *h. t.* ...Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is, qui militiam meruit, locum habebit, ut lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartae parti ab intestato successionis computetur, sed etiam ab intestato conferatur.

4° Sono da conferire ancora le donazioni, quando sieno state dal testatore imputate nella porzione legittima, ovvero quando il donatario concorre con altri discendenti che conferiscono la dote o la *donatio propter nuptias*, perchè il donatario non dovrebbe conferire altro che la sola donazione.

**320.** Non vanno soggette a collazione:

*a*) le donazioni rimuneratorie già effettuate;

*b*) le spese per gli studi e per gli alimenti sì naturali che civili;

L. 50, *famil. erc*isc. (10, 2) - Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur.

*c*) il peculio castrense e quasi castrense come si disse;

*d*) il denaro con cui si è riscattato un figlio prigioniero.

L. 17, C. *de postlim. revers.* (8, 51) - Liber, captus ab hostibus et commercio redemtus, tunc demum, quum pretium solverit vel hoc ei qualicumque remittatur iudicio, statum pristinum recipit. Quo genere matre filium redimente, quum huiusmodi contractus non de mercede, sed de tristitia repudianda cogitatur, voti recipiendi filium cogitatio cum optabili conditione filium illico matri restituit, ita ut civilium obsequio numerum propter casum praeteritum filius non excusetur. Pro pietatis itaque ratione ad hostibus redemto filio, facti te poenitere ac de pretio quidquam tractare non convenit; dotem tamen ab eo debitam iure concesso reddi postulas.

Come il testatore può, sempre che non violi la legittima degli altri, espressamente dispensare il discendente dalla collazione di alcune cose, che altrimenti andreb-

(1) Franke, loc. cit., pag. 219. Vedi anche Rosshirt, *Einleit.*, pag. 425. Mayer, *Erbr.*, I, § 126 e 127. Arndts, pag. 387. Fein, opera cit., pag. 199. Vangerow, II, § 516, nota III. Tewes, II, § 68.

bero conferite, così può anche espressamente ordinare la collazione anche di quelle cose, che in generale non dovrebbero conferirsi, e lo può fare sia nell'atto di donazione che nel testamento.

**321.** La collazione del discendente come quella antica dell'emancipato si fa in due modi, è reale ovvero con cauzione.

La collazione è fatta realmente quando non solo si rimettono nella massa ereditaria le cose antecedentemente ricevute, ma anche quando se ne rimette il valore, ovvero quando, ammesso che egli abbia il diritto anche ad una parte del *conferendum*, può imputare la parte che gli riguarda, restituendo il resto.

L. 1, § 11, *h. t.* - Quamvis autem Edictum Praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius libro septuagesimo nono ad Etictum scripsit; aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est. Igitur dividat, inquit, bona sua cum fratribus, et quamvis non caveat, satisfacit Edicto. Sed et si quaedam dividat, de quibusdam caveat, aeque dicimus, eum satisfecisse. Sed quum possint esse quaedam in occulto, non satis confert, qui non cavit, quamvis dividat. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet, sed dicantur quaedam, non esse in commune redacta, tunc propter incertum cautio erit interponenda (1).

Il valore delle cose da imputarsi è determinato al tempo della divisione della eredità, se non vi è colpa o mora da parte di colui ch'è obbligato a conferire. I frutti e le accessioni debbono essere conferite dalla morte del testatore fino alla divisione della eredità. Ogni aumento di valore acquistato dalle cose è da considerarsi come un'accessione (2).

In secondo luogo l'erede obbligato a conferire può, invece del valore delle cose da conferirsi, dare cauzione, ed obbligarsi perciò a pagare il valore medesimo; e specialmente quando l'oggetto della cauzione è incerto o vi è qualche impedimento, i coeredi aventi diritto alla collazione possono esigere dall'obbligato che dia cauzione per la eventuale collazione, e ciò sia per mezzo di pegno che con fideiussione.

L. 1, § 7, *de dotis collatione* (37, 7) - Si sub conditione pater vel extranius dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, quum dotata esse coeperit.

All'erede obbligato a conferire spetta la scelta di servirsi dell'uno e dell'altro modo di collazione.

L. 1. § 12, *h. t.* - Sed etsi tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est, emancipatum satis contulisse videri. Idem et si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum, remve aliam dederit pro portione bonorum quae conferre debuit.

Se le cose da mettere in collazione sono migliorate, si può ripetere il rimborso secondo le norme generali; se al contrario sono peggiorate, chi conferisce è tenuto per la *diligentia in suis rebus* (3).

Gli interessi sulle somme corrono dal momento della mora e le prestazioni dei frutti dal momento della morte del testatore.

L. 5, § 1, *de dot. coll.* (37, 7) - Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit; viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat, et filia partis suae fructus percipiat.

**322.** I mezzi giuridici per costringere il coerede alla collazione sono diversi secondo i casi. Innanzi tutto l'azione propria che nasce dagli obblighi ereditarii è l'*actio familiae erciscundae*. Ma se essa fu introdotta da chi ha l'obbligo alla collazione, questa si può domandare per mezzo di una eccezione.

Se fu data cauzione può esercitarsi a questo scopo l'*actio ex stipulatu*.

Da ultimo se la divisione è già compiuta senza che si sia tenuto conto della collazione, l'avente diritto può esercitare la *condictio indebiti* (4).

### § 84. — *Della vendita della eredità.*

Bibliografia.

T., D. *de her. vel. actione* (18, 4); Cod. *de hereditate vel actione vend.* (4, 39). — Beseke, *De alienatione hered. ad explan.*, I, 2, C. *de her. v. act. vend.*, Hal. 1774. — Glück, XVI, pag. 300 ss. — Göschen, *Vorlesungen*, III, pag. 429. — Arndts, *Rechtslexicon*, IV, pag. 24. — *Sintenis*, pag. 776.

323. La eredità si può vendere come complesso di diritti; rapporti che ne derivano. — 324. Obblighi del venditore; alla vendita non osta la massima *semel heres, semper heres*.

**323.** L'erede può trasferire ad altri per mezzo di vendita in tutto o in parte la eredità. Per mezzo di questo atto si originano tali rapporti tra le parti che il compratore piuttosto che il venditore è considerato come il vero erede, onde tutti i diritti e gli obblighi della eredità passano al compratore di essa (5).

Tutto ciò che dovrebbe spettare all'erede per diritto di accrescimento ricade al compratore, il quale può sperimentare anche le azioni utili di eredità. Se non che a lui non si attribuisce quello che all'erede proviene per sostituzione pupillare, perchè questa rappresenta una novella eredità.

L. 2, § 2, *h. t.* - Et illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum faciat? Et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. Plane si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

In caso che il venditore avesse alienato le cose ereditarie prima della vendita, deve rifonderne il prezzo, ed è tenuto all'*id quod interest*, se le avesse alienate dopo la perfezione del contratto di vendita e prima della tradizione.

L. 6, C. *h. t.* - Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem frigit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur (6).

**324.** Il venditore, come nella vendita di ogni altro og-

(1) Vedi anche L. 5, C. *h. t.*

(2) Fein, op. cit., § 53. Arndts, op. cit., pag. 846.

(3) L. 1, § 5, *de dot. coll.* (37, 7); L. 1, § 23; L. 2, § 2, *de coll.* (37, 6); Nov. 97, cap 6.

(4) L. 1, pr., *h. t.*

(5) L. 2, pr., § 3, ss., *h. t.* (18-4).

(6) L. 2, 7, 12; L. 14, § 1; L. 15, 21, *h. t.*

**getto, è obbligato, in caso di evizione, al prezzo della intera eredità.**

Se alcuna cosa fu perduta prima della vendita, il venditore sarà obbligato per dolo e *culpa lata;* se invece la cosa fu perduta dopo la vendita medesima, egli vi sarà obbligato anche per *culpa levis.*

È conseguenza necessaria della vendita della eredità il ritorno all'erede venditore di tutti quei diritti che si erano prima estinti a causa della confusione dei patrimonii.

L. 2, § 18, *h. t.* - Quum quis debitori suo heres extitit, confusione creditori esse desinit; sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere; et idcirco teneri venditori hereditatis, sive quum moritur testator, debuit, quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate, sive quid in diem debeatur, sive sub conditione, et postea conditio extitisset; ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emtore agatur (1).

A queste conseguenze della vendita della eredità non osta la massima *semel heres semper heres;* poichè l'erede venditore è sempre come tale reputato rispetto ai terzi; onde egli può esercitare ancora le azioni ereditarie, avendo poi, tranne i guadagni puramente accidentali, l'obbligo di restituire al compratore quanto in questo modo riscuote.

L. 2, § 7, *h. t.* - Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat? Et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto *Digestorum*, et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum solverit, non reputare; nam hoc servari, ut heres emtori non praestet, quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit. Si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is, cui condemnatus est heres; quae sententia mihi placet (2).

## Mezzi per la tutela del diritto di successione.

### *A.* — Della Petizione dell'Eredità.

### § 85. — *Nozioni e subbietti della petitio hereditatis.*

Bibliografia.

T., D. *de hereditatis petitione* (5, 3); T., D. *si pars hereditatis petatur* (5, 4); T., D. *de possessoria hereditate petitione* (5, 5); T. D. *de fideicommissaria hereditatis petitione* (5, 6); T., C. *de petitione hereditatis* (3, 31).

Fabricius, *Bemerkungen Ueber die hereditatis petitio, in rhein. Museum*, IV, N. 5. — Arndts, *Ueber das Wesen und den Umfang der hereditatis petitio Civil. Schriften*, pagina 315 e pag. 278. — Zimmermann, *Beitrag zur Lehre von der hereditatis petitio, in Archiv. f. civil. Praxis*, XXIX, p. 212, ss., 454. — Glück, *Pand.*, VII, pag. 491, VIII, pag. 1. — Vangerow, II, § 505. — Unger, § 50. — Francke Tit., *De hereditatis petitione*, Götting 1864. — Seresia, *De la petition d'hérédité*, Bruxelles 1873. — Tewes, II, § 69, ss. — Serafini, *Nuova interpretazione della L. 25 § 17, D. de hereditatis petitione*, 1878, nell'*Archivio giuridico*, XX, pag. 403.

325. Nozione della *petitio hereditatis.* — 326. I. A chi compete l'azione, direttamente, utilmente. — 327. II. Contro chi è diretta l'azione; nozione del *possessor pro herede* e del *possessor pro possessore;* condizione del possessore alla eredità, per esser convenuto nell'azione, del *pictus possessor.*

**325.** La petizione di eredità, *hereditatis petitio*, è quella azione reale per mezzo della quale l'erede fa valere il suo diritto ereditario offeso, e domanda la restituzione delle cose e dei diritti che compongono il complesso della eredità.

Essa è detta ancora *vindicatio hereditatis* (3) riguardando il complesso del patrimonio del defunto, la *successio in universum ius defuncti*, come la *rei vindicatio* riflette una cosa speciale. Si distingue essenzialmente la petizione di eredità dalla *rei vindicatio* in ciò che la prima è un'azione universale.

L. 1, pr. *h. t.* (6, 1) - Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis.

L. 1, § 1, D. (5, 4) - Qui hereditatem, vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo jure. Et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas.

**326.** I. L'azione compete al vero erede; essa come azione civile è concessa all'erede per dritto civile, sia esso testamentario o legittimo.

L. 1, *h. t.* - Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure, aut novo. Vetere, e lege duodecim tabularum, vel ex testamento, quod iure factum est.

Utilmente la medesima azione è concessa al *bonorum possessor cum re*, e prende allora nome di *possessoria hereditatis petitio.*

L. 1, *de possess. hered. petit.* (5, 5) - Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

L. 2, *eod.* - Per quam hereditatis petitionem tantumdem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

Egualmente l'azione è concessa al fidecommissario universale col nome di *fideicommissaria hereditatis petitio.*

L. 1 a 3, *de fideicom. hered. pet.* (5, 6) - Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, quibus restituta est hereditas. Nam quisquis suscepit restitutam, hereditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit. — L. 2 - Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis. — L. 3 - Nec interest, mihi quis rogatus fuerit restituere, an ei, cui heres extitit. Sed et si bonorum possessor sim eius, cui fideicommissaria hereditas relicta est, vel alius successor, per hanc actionem experiri poterim. — § 1 - Hanc actionem sciendum est adversus eum, qui restituit hereditatem, non competere. — § 2 - Hae autem actiones mihi dantur, quae heredi, et in heredem competunt.

Spetta ancora quest'azione tanto all'erede universale *ex asse*, quanto all'erede parziario.

L. 1, § 1, *Si pars. hered. petatur* (5, 4) - Qui hereditatem vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo iure; et ideo sive ex asse heres sit, totam hereditem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas.

(1) L. 2, § 19, 20, *h. t.*

(2) L. 88, *de heredib. inst.* (28, 5); L. 43, § 3, *de vulg. et pup. subst.* (28, 6).

(3) L. 8, *h. t.*; L. 19, *in fin. de inoff. test.* (5, 2); L. 3, *expil. hered.* (47, 19).

L'azione è concessa ancora al Fisco, il quale entra nella eredità, quando i beni sono vacanti o nei beni ereptorii.

L. 54, *h. t.* - Ei, qui partes hereditarias, vel totum a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur; quemadmodum ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.

Finalmente l'azione medesima compete anche utilmente al compratore della eredità.

**327.** II. La petizione di eredità, come ogni altra azione reale, suppone il possesso della eredità o delle cose ereditarie. Però non ogni possessore può essere convenuto con questa azione; la qualità del possessore in essa è determinata in questo, cioè, che il convenuto deve possedere o pro erede o pro possessore.

Possiede pro erede colui il quale crede di essere il vero erede.

L. 11, *h. t.* (5, 3) - Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri; quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

Possiede pro possessore colui il quale non assegna alcun titolo al possesso, colui il quale interrogato risponde ***possideo quia possideo.***

L. 11, § 1, *h. t.* - Pro possessore vero possidet praedo.

L. 12, *eod.* - Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium.

L. 13, pr. - Nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

Queste due qualità di eredi possono bene corrispondere, uno al possessore in buona fede, l'altro al possessore in mala fede; per ciò per quest'ultima qualità è indifferente quale sia veramente la condizione subbiettiva del possessore pro possessore, perocchè quantunque credesse esser lui il vero erede, se interrogato non assegna alcuna ragione del suo possesso, varrà sempre come possedente pro possessore.

Per possessore di eredità pro erede non s'intende semplicemente colui che si crede vero erede per diritto civile, ma anche, come si è veduto nei testi orora riportati, il ***bonorum possessor***, colui cui fu restituita la eredità, il compratore dell'eredità, ecc.

L. 20, § 13, *h. t.* - Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment, vel alios successores iustos, vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

Per l'esercizio dell'azione non è necessario che il possessore possegga tutta intera la eredità o una quota parte di essa, è sufficiente anche il possesso di una singola cosa o di un singolo diritto. Però è indispensabile che il possessore di queste singole cose o diritti offenda il diritto del vero erede, credendosi egli stesso erede, o appropriandosi quella cosa e contrastando il diritto del vero erede. Altrimenti, se il possesso è tenuto per un titolo diverso, per esempio, se il possessore crede di aver lui acquistato il dominio per prescrizione o per altra ragione simile, contro di lui non può essere esperimentata l'azione universale di petizione di eredità, sibbene la ***rei vindicatio*** o altra azione speciale.

L. 9, *h. t.* - Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis qui vel ius pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.

L. 10, *eod.* - Licet minimam.

Egualmente l'azione può dirigersi anche contro chi possiede cose non propriamente appartenenti alla eredità, quando per esse l'erede è responsabile di restituirle ad altri, come le cose depositate, pignorate, ecc.

L. 19, pr. *h. t.* - Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum eorum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

Può essere anche convenuto con la petizione di eredità chi di propria autorità si impossessò della sua propria cosa che si trovava tra le cose ereditarie, salvo però l'esercizio della *rei vindicatio* al proprietario contro l'erede, dopo che l'avrà restituita in virtù del giudizio di petizione di eredità, in egual modo come l'avrebbe potuto esperimentare contro lo stesso testatore.

Potrà essere egualmente convenuto chi di propria autorità tolse il possesso al defunto (1).

Lo stesso vale per l'esercizio dell'azione contro chi rispetto ad un terzo possessore s'impossessò delle cose appartenenti all'eredità sia per atti illeciti sia per atti giuridici nulli (2).

In tutti questi casi si offende il diritto ereditario dell'erede e quindi è giustificato l'esercizio della ***hereditatis petitio***. Per questa ragione meritamente non è stata accettata la dottrina del Fabricius, il quale, è mosso dal principio, che in tali casi, non sarebbe concessa la ***petitio***, potendo esercitarsi una azione speciale, come per esempio quando le cose possedute erano fuori del possesso del defunto già prima della sua morte e per altri casi simili. Il punto essenziale in questa dottrina non è il sapere se in casi determinati possano o no esperimentarsi le azioni speciali, ma se in quei determinati casi si offenda o no il diritto ereditario (3).

È convenuto ancora colla petizione di eredità l'erede del possessore pro erede o pro possessore, senza che si tenga conto dell'***animus*** di esso erede.

L. 13, § 3, *h. t.* - Neratius libro sexto Membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro septimo ait, etiamsi putavit heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.

Finalmente, come la ***rei vindicatio***, così la petizione di eredità può essere sperimentata contro il ***fictus possessor*** cioè:

*a)* ***qui liti sese obtulit.*** Colui il quale per mala fede si presenta come possessore mentre non lo è, e si lascia trarre fino alla contestazione della lite, verrà condannato, invece che alla restituzione della eredità,

(1) L. 14, § 2, *Quod met. causa* (4, 2); L. 6, § 5; L. 22, § 1, *de act. rer. amot.* (25, 2); L. 33, § 1, *de usurp. et usuc.* (41, 3).

(2) L. 13, § 1; L. 16, § 4, *h. t.*

(3) Fabricius, op. cit., in contr. Arndts, *Civil. Schr.*, II, pag. 343. Vangerow, II, § 505, nota. Sintenis, § 190. Vindscheid, § 614, nota 5.

a *quanti petitoris interfuit non decipi*, ammesso per altro che l'attore abbia provato il suo diritto ereditario.

L. 45, *h. t.* - Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausola tenetur; aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi (1).

*b*) *qui dolo desiit possidere;* cioè quando prima della lite il convenuto in mala fede abbandona il possesso, sia distraendo, sia distruggendo le cose ereditarie, è obbligato come se fosse il vero possessore verso l'attore a corrispondere la estimazione della cosa e tutti gli interessi da determinarsi col giuramento in lite.

L. 25, § 2, *h. t.* - Quod ait Senatus: *eos, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent*, ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur; sed et culpa, et ideo ab eo, qui ab alia non exegit, vel a semetipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse; hoc utique si exigere potuit (2).

Questo principio introdotto dal Senatoconsulto Juvenziano sotto l'Imperatore Adriano era applicabile dapprima alla eredità che cadeva al Fisco, fu esteso più tardi ad ogni eredità e alla *rei vindicatio.*

Nella eredità parziaria l'erede potrà esercitare la *petitio hereditatis* dal coerede, il quale nega il diritto ereditario dell'attore, ossia quando il coerede possiede *pro herede aut pro possessore.*

L. 1, § 2, *Si pars hereditatis* (5, 4) - ... Et si possessor et petitor possideant hereditam, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur.

Se invece tra i coeredi non si fa quistione di diritto ereditario, ma di altro, i coeredi vicendevolmente possono sperimentare l'*actio familiae erciscundae.*

L. 1, § 2, *in fin. eod.* - ... Si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit.

### § 86. — *Continuazione.*

328. Dell'obbietto della *hered. pet.;* può essere esercitata anche per il surrogato delle cose ereditarie. — 329. Mezzi di prova per la concessione testamentaria, e per la intestata. — 330. Scopo della petizione. — 331. Del Senatoconsulto Giuvenziano; responsabilità del convenuto circa le cose ereditarie. — 332. Conseguenze dell'azione, per il possessore in buona fede, per il possessore in malafede. — 333. *Quid* in caso che il possessore abbia prima del giudizio pagato i creditori ereditari; *quid* in caso di vendite delle cose ereditarie. — 334. Rapporto tra la *petit. her.* e le azioni speciali inflettenti le cose ereditarie; dell'eccezione *ne praeiudicium hereditati fiat.*

**328.** L'obbietto del possesso da parte del convenuto, e che forma l'oggetto a cui si dirige l'azione, deve consistere in cose ereditarie, indipendentemente se il defunto stesso le abbia avute nel suo patrimonio, ovvero fossero entrate dopo nella eredità.

L. 19, § 2, *h. t.* - Veniunt et hae res in hereditatis petitione, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem; veluti si iuraverat defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit, debent hae quoque restitui. Imo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur, quia nec hic debet has res retinere.

In generale non si richiede che dal convenuto fossero possedute le cose in natura, purchè ne fosse posseduto il surrogato; onde un credito dell'eredità attribuitosi dal convenuto, il prezzo dell'eredità venduta può essere, secondo questo principio, validamente rivendicato per mezzo della *hereditatis petitio.*

L. 16, § 1, *h. t.* - Sed et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

**329.** I mezzi di prova richiesti nel giudizio di petizione di eredità sono i seguenti:

L'attore deve provare:

1°) La morte del testatore, non potendosi ereditare da una persona vivente;

2°) Il suo diritto successorio, e per conseguenza è da osservare:

*a*) Se il suo diritto viene da testamento, l'attore deve provare l'istituzione dell'erede, e se questa è sottoposta ad una condizione, l'adempimento di essa. La prova di un testamento nuncupativo si fa con la testimonianza dei testimoni presenti alla sua compilazione; di un testamento scritto o anche nuncupativo, ma steso in iscritto, con l'esibizione del documento, potendosene, in caso di dubbio, provare l'autenticità per mezzo dei testimoni o con altro mezzo di prova (3).

Se il documento si fosse perduto o distrutto senza saputa o volontà, se ne può provare il contenuto mediante altri mezzi di prova.

L. 2, C. *de test.* (6, 23) - Publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur, intercidit, nihilominus valet.

L. 11, C. *eod.* - Non idcirco minus iure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur (4).

Dall'altra parte il convenuto dovrebbe provare, per opporsi all'azione, la mancanza totale o la nullità del testamento (5).

*b*) Se l'attore invoca la successione *ab intestato*, deve dimostrare l'esistenza di quelle relazioni col defunto, per le quali egli può essere tenuto come erede *ab intestato;* e se il convenuto potesse essere considerato anche come erede legittimo, l'attore dovrebbe dimostrare che appartiene ad un ordine di successori preferito. Dall'altra parte il convenuto a questo riguardo dovrebbe provare l'esistenza di un testamento, ovvero che l'attore è di un ordine posposto al suo.

3°) In caso che l'attore proponga la *hereditatis petitio* per una parte dell'eredità, deve provare la quantità della porzione (6). Se questa è incerta, perchè, ad esempio, si aspetta la nascita di un postumo, la

(1) L. 13, § 13, *h. t.*

(2) L. 13, § 14, *h. t.*; L. 131, *de reg. iur.* (50, 17).

(3) L. 32, C. *de fideicom.* (6, 42); L. 4, 7, *de test. quemad. aperiat.* (29, 3).

(4) L. 10, § 2, *de test. quemad. aper.* (29, 3); L. 1, § 3, *de his quae in test.* (28, 4); Confr. L. 1, § 3, *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11).

(5) L. 11, C. *de prob.* (4, 19); Confr. L. 22, *de prob.* (22, 3); L. 5, C. *de codicill.* (6, 36).

(6) L. 2, *si pars. hered.* (5, 4).

divisione viene ammessa come certa, determinandosi la porzione come se fosse nato veramente il postumo; e, se è possibile, la concorrenza di un postumo di diversa madre, l'*hereditatis petitio* può essere ancora proposta per una incerta porzione ereditaria.

L. 1, § 5, *si pars. hered. pet.* - Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget idoneis causis intervenientibus; utputa est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est, quia, quod edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.

4º) Finalmente l'erede, in caso di opposizione, deve provare che il convenuto possiede *pro herede aut pro possessore.*

**330.** Lo scopo della petizione di eredità è in primo luogo il riconoscimento della qualità di erede nella persona dell'attore, *hereditatem actoris esse totam vel pro parte*, secondochè si tratti di *hereditatis petitio* totale o parziaria; è in secondo luogo fine di questa azione la restituzione della cosa e la condanna del convenuto agli obblighi nascenti dal giudizio.

Il contenuto e la estinzione di tali obbligazioni erano state stabilite principalmente in un Senatoconsulto di Adriano dell'anno 129, conosciuto col nome di Senatoconsulto Giuvenziano, nome da attribuirsi al giureconsulto Giuvenzio Celso, come ispiratore ed uno dei Consoli di quell'anno.

**331.** Questo Senatoconsulto è riprodotto da Ulpiano nella

L. 20, § 6, *de hered. petit.* (5, 3) - Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito, et de fructibus; de quibus quum forma Senatusconsulto rite data, optimum est ipsius Senatusconsulti interpretationem facere verbis eius relatis: *Pridie Idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, et Arrius Severianus Consules verba fecerunt de his quae Imperator Caesar, Traiani Parthici filius, divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus Imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas Martias, quae proximae fecerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt; cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere, redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris, vel edicto vocatus esset, censuerunt.*
Aptanda est igitur nobis singulis verbis Senatusconsulti congruens interpretatio.

Sebbene questo Senatoconsulto riguardi quelle eredità ch'erano devolute al fisco, pure fu comentato ed applicato ad ogni eredità, come fu stabilito anche legislativamente da un rescritto di Marco Aurelio (1).

Primo obbligo del condannato nella petizione di eredità è la restituzione delle cose appartenenti all'eredità ch'erano nel suo possesso *cum omni causa*, cioè con tutto ciò che accede alla eredità o ne dipende come prodotti, accessioni, aumenti per opera degli schiavi ecc. anche dopo la morte del defunto.

L. 20, § 3, *h. t.* - Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditas et augmentum recipit et diminutionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere; si extrinsecus, non, quia personae possessoris accedunt. Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem (2).

Sono ancora oggetti di restituzione le seguenti cose:

*a*) Quelle le quali appartenevano al possesso del defunto, per cui era data in suo favore la *publiciana in rem actio* (3).

*b*) Quelle ch'erano nella detenzione del defunto, per le quali vi era ammesso un reale interesse come sarebbe un diritto di ritenzione, ovvero un obbligo del defunto e quindi ora dell'erede, alla restituzione, come cose depositate, comodate, ecc. (4).

*c*) Le cose comprate per la eredità col danaro ereditario, o il danaro ricavato dalle cose ereditarie vendute. Perciò in questa azione delle universalità del patrimonio si applica la massima: *res succedit in locum pretii, et pretium succedit in locum rei.* Però è da osservare che non tutte le cose comprate col danaro ereditario cadono nell'obbligo della restituzione, come non tutte le cose comprate col danaro proprio del convenuto sono esenti dalla restituzione. Imperocchè, se il convenuto ha comprato *per la eredità* qualche cosa col suo danaro, essa va soggetta alla restituzione, salvo l'indennizzo del prezzo; come ancora sono escluse dalla restituzione quelle cose comprate col danaro ereditario, ma convertite nel patrimonio esclusivo del convenuto, salvo anche in questo l'obbligo della restituzione del valore.

L. 20, § 1, *h. t.* - Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto *Digestorum*, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire.

*d*) Infine va soggetto a restituzione tutto ciò che si è ottenuto dall'amministrazione della eredità, come crediti ed usure esatte, pene private, ecc.

L. 25, § 18, *h. t.* - Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta; item pretiorum (5).

Se invece si è esatto un indebito, non essendo parte della eredità, e potendo essere convenuto con la *condictio indebiti*, non entra in tale obbligo della restituzione delle cose ereditarie.

In generale quanto all'obbligo alla restituzione rispetto

(1) L. 1, C. *de pet. hered.*, vedi anche L. 20, § 7, 10, *de her. pet.*

(2) Vedi anche L. 18, § 2; L. 25, § 20; L. 29, 32, *de pet. hered.*

(3) L. 3, C. *quor. bon.* (8, 2); L. 19, pr., *h. t.* (5, 3).

(4) L. 19, pr., §. 2.

(5) L. 31, § 5, *h. t.* Vedi anche L. 23, § 1; L. 25, pr.; L. 55; L. 20, § 4, 5; L. 16, § 4, 5; L. 40, § 2, *h. t.*

alle integrità delle cose e rispetto ai frutti è a distinguere il possessore *pro herede*, in buona fede, dal possessore *pro possessore*, in mala fede.

**332.** Dal complesso del Senatoconsulto Giuvenziano innanzi riportato, si è fondato il principio, che il possessore in buona fede non deve trarre alcun vantaggio dalle cose possedute in pregiudizio del vero erede, ma non deve riceverne per l'obbligo alla restituzione, danni patrimoniali; quindi è obbligato a restituire al vero erede quello di cui si è accresciuto il suo patrimonio in conseguenza del possesso della eredità. Allo incontro il possessore in mala fede non solo non deve ritrarre guadagno dal possesso della eredità, e quindi ha l'obbligo di restituire i lucri al vero erede, ma ancora deve rimborsare quanto l'erede avrebbe conseguito, se non gli fosse stato fin dal principio impedito il possesso della eredità. Dalla contestazione della lite in poi il possessore in buona fede risponde nella misura stessa che quello in mala fede, salvo il caso fortuito per cui non è in nessun modo tenuto.

Volendo applicare queste massime alle fattispecie consegue, che:

1°) Per ciò che concerne la restituzione dei frutti, il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *extantes;* quanto ai frutti consumati e agli interessi del denaro, è obbligato a restituire ciò di cui si dimostra arricchito.

L. 30, *h. t.* - Iulianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atqui secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit; quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere, id est vel sortem et usuras eius, si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris (1).

Il possessore di mala fede al contrario deve restituire i frutti *percepti* e rimborsare i *percipiendi*.

L. 25, § 4, *h. t.* - Sed et fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestituros (2).

Rispetto agl'interessi risponde solamente per quelli *percepti*.

L. 28, *h. t.* - Post Senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est (3).

Nello stesso tempo è obbligato ancora a pagare gli interessi del danaro esistente presso lui e ritirato da un mutuo ad interesse, ed il prezzo delle cose vendute.

L. 51, § 1, *h. t.* - Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt (4).

2°) Per ciò che riguarda la perdita delle cose ereditarie, ovvero la deteriorazione del loro valore, il possessore di mala fede è tenuto non solo per ogni colpa, ma ancora per caso fortuito (5). Dall'altra parte il possessore di buona fede, prima della contestazione della lite non è tenuto che per dolo, e dopo è obbligato per ogni colpa.

L. 31, § 3, 4, *h. t.* - Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est; tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem, postea vero et ipse praedo est. — § 4 - Illud plane praedoni imputari non potest, cui passus est debitores liberari et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit (6).

**333.** 3°) In caso che il possessore dell'eredità avesse pagato i creditori ed i legatarii prima di essere introdotta l'*hereditatis petitio* bisogna distinguere:

*a*) Se ha pagato i debiti della eredità il possessore di buona fede, è regola, che, non ostante il pagamento, l'erede non è liberato dall'obbligazione ed al possessore spetta la *condictio indebiti.* In questo caso il possessore della eredità può, restituendola, ritenere per sè quel tanto che vale a rimborsarlo della somma pagata ai creditori, cedendo all'erede la sua *condictio indebiti.* Se quest'azione non fosse ceduta, l'erede potrebbe opporre all'azione del creditore, che chiedesse novellamente la soddisfazione del credito, la *exceptio doli:* e con la stessa eccezione il creditore si oppone al possessore, il quale proponga contro lui la *condictio indebiti* sempre quando abbia ritenuta la somma pagata.

L. 31, pr., *h. t.* - Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitorem hereditatis; nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Iulianus libro sexto *Digestorum* scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit, a se petitorem defensum iri. Sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus, nisi forte habeat condictionem. Et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere; finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Iulianus de solo praedone, ut caveat, sensisse, non etiam de bonae fidei possessore; condictionem tamen, praestare debebit. Sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit (7).

Quando il possessore di buona fede abbia pagato i legatarii, e sia dopo convenuto con la *heredit. petit.*, se egli non ha chiesto cauzione dal legatario, avrà solo un'azione per la restituzione; ma posto ch'egli non possa più giovarsene, se p. es., il legatario è divenuto insolvente, per un Senatoconsulto di Adriano il possessore di buona fede potrà rimborsarsi con la ritenzione delle cose ereditarie, cedendo la sua restituzione allo erede.

*b*) Se al contrario pagò i creditori della eredità il possessore di mala fede, anche in questo caso il vero erede non è liberato, ma al possessore non spetta la *condictio indebiti*, perchè questi non pagò per errore, ma consapevole di non essere egli l'erede (8). Da ciò nasce che l'erede attore allora solamente deve consentire al possessore di malafede il rimborso di quello che pagò ai creditori della eredità, quando costui presti la cauzione *a se petitorem defensum iri* (9); in virtù della quale cauzione, se il creditore novellamente chiede

(1) L. 20, § 6; L. 23, *h. t.*
(2) L. 4, § 1, *h. t.*
(3) Conf. L. 20, § 14, *eod.*
(4) L. 20, § 12, *h. t.*; L. 1, § 1, C. *h. t.*; L. 1, C. *de his. quib. ut ind.* (6, 35).
(5) L. 31, § 4, *h. t.*

(6) L. 25, § 7, *h. t.*
(7) L. 19, § 1, *de cond. indeb.* (12, 6); L. 38, § 2, *de solut.* (46, 3).
(8) L. 1, § 1, *de cond. indeb.* (12, 6).
(9) L. 31, pr., *h. t.*

in giudizio la somma del credito dall'erede, deve il possessore di mala fede, in qualità di procuratore in *rem suam*, assumere la lite, ed opporsi all'azione del creditore da lui soddisfatto con l'*exceptio doli*, tanto se l'avesse soddisfatto sulle cose ereditarie, quanto se l'avesse soddisfatto *ex propriis* (1).

Se al contrario il possessore di mala fede pagò un debito putativo, l'erede non è tenuto a rimborsarlo, ma si lascia a tutto rischio e fortuna di lui ripetere l'indebito.

In caso che si fossero vendute le cose ereditarie dal possessore di buona fede, questi è tenuto alla restituzione del prezzo in quanto ne fu arricchito.

L. 22, *h. t.* - Si et rem, et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In praedone dicimus electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium, an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id, quod amplius habet, ex pretio restituere debeat videndum. Nam et in Oratione Divi Adriani ita est: *Dispicite, Patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest, existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est (2).

La vendita al contrario effettuata dal possessore di mala fede, se per necessità, dà diritto all'erede di chiedere la restituzione di tutto il prezzo ricavato, se senza necessità, gli dà diritto di chiedere non solo questa restituzione, ma anche il rimborso di quel maggior prezzo che potrà determinarsi per mezzo del giuramento estimatorio, ovvero di chiedere la cosa stessa venduta dal compratore, e da qualunque terzo che la possegga (3).

Durante il giudizio dell'*hereditatis petitio* fu questione presso gli antichi giureconsulti Romani se i creditori e i legatarii dovessero rivolgersi al *petitor*, o al possessore. Giustiniano la decise in questo modo:

1°) I legatarii possono rivolgersi all'erede il quale, dove, assicurato da una cauzione, soddisfar loro i legati.

L. ult., C. *h. t.* - Quum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne *fieret ei praeiudicium.* Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Quemque multae varietates et controversiae veterum exortae sint, eas certo fine concludentes, sancimus, si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat, vel movere, alius autem superveniens, vel ex deposito, vel ex commodato, vel ex legato, vel ex fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare, vel reum, vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium, si quidem pro legato, vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditae quaestionis esse, quum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte exigi, vel legatum, vel fideicommissum sub ea cautela vel satisdatione, pro qualitate personam, quod, si non obtinuerit eius iura, restituet legatarius, vel fidecommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus, vel agrum cum fructibus, quos percepit, vel domum cum pensionibus, scilicet in utroque eorum expensis antea necessariis et utilibus deductis; vel si ipse maluerit litem quidem contestari, expectare autem hereditatis petitionis eventum, hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competeret, cum legitimis augmentis legatario, vel fideicommissario accedat (4).

Se l'erede soccombe, i legatarii per conseguenza della cauzione debbono restituire le somme ricevute col 3 0/0 di interesse e le cose coi frutti (5).

2°) I creditori possono rivolgersi tanto all'erede quanto al possessore per la restituzione di un *genus* o di una quantità, ma per la restituzione di una cosa speciale devono rivolgersi al possessore. Se il possessore che ha pagato è condannato nel giudizio ereditario, ha il diritto di retenzione fino al rimborso, ovvero, in alcuni casi, ha l'*actio negot. gestor.* Se è il *petitor*, il giudice nella sentenza della *hered. petit.* provveda ch'egli venga rimborsato della somma pagata ai creditori, e in mancanza gli si concede l'*actio negotiorum gestorum* o la *condictio ex lege* (6).

Se poi è il fisco che pretende l'eredità, l'azione del creditore ereditario è vietata fino a causa finita; ne questo privilegio fu abolito dalla legge di Giustiniano che decise solo dei casi prima controversi (7).

3°) Le manomissioni dirette e testamentarie restano in *suspenso* per un anno dalla morte del testatore; ma se dopo questo tempo il litigio non cessa, gli schiavi diventano liberi.

L. ult., cit., § 2 - Sin autem libertates vel a possessore, vel a petitore fideicommissariae petantur, vel directae ipso iure dicantur competere, annale tantummodo spatium expectetur a morte testatoris numerandum. Et si quidem hereditatis petitionis iudicium intra id spatium terminum accipiat, secundum eventum iudicii et libertates, vel effectum habeant, vel evanescant. Sin autem tempus annale emanaverit, tunc libertatis favore et humanitatis intuitu competant quidem directae libertates, ex fideicommissariis autem in libertatem servi eripiantur, ita tamen, si non falsum testamentum approbetur; sub ea scilicet conditione, ut, si actores sint vel alias ratiociniis suppositi, etiam postquam perveniant in libertatem, necessitas eis imponatur res hereditarias et rationes reddere; iure patronatus videlicet compefente ei, qui ex legibus ad id possit vocari.

**334.** Contro lo stesso convenuto con la petizione di eredità, l'attore potrà, quando il voglia, esercitare anche le azioni speciali riflettenti ciascun rapporto giuridico. Il possessore della *hereditas* è nel medesimo tempo possessore delle singole cose, quindi contro di lui può essere esperimentata in generale la *petitio hereditatis* e la *rei vindicatio.* Ma ciò può rendere peggiore la condizione del convenuto, onde, se avviene il caso che dopo di essersi intentata la *hereditatis petitio,* si esperimenti contro lo stesso convenuto una azione speciale, contro questa azione può opporsi da quest'ultimo la eccezione pregiudiziale, *quod praeiudicium hereditati non fiat*, *quae*, aggiunge Gaio (8), *nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, velut cum res singulas petat, esset enim iniquum praeiudicium fieri.*

La eccezione pregiudiziale non è più ammessa dal momento che la lite della P. H. è stata contestata.

(1) L. 75, *de R. I.* (50, 17).
(2) L. 23, pr. 25, § 11, *h. t.*
(3) L. 20, § 2, 12, 21; L. 33, § 1; L. 36, § 3, *h.*
(4) Conf. L. 48, § 1, *de legat.* (31); L. 3, § 6, *seq.*; L. 4, 8, *si cui plus quam per leg. Falc.* (25, 3); L. 9, C. *de legat.* (6, 37).

(5) L. ult., C. cit.
(6) L. ult., C. cit., § 1.
(7) L. 35, *de iur. fisci* (49, 14).
(8) Gai, *Inst.*, IV, 133; L. 5, § 2, *h. t.*; L. 12, C. *h. t.*

L. 13, *de except.* (44, 1) - Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem: *quod praeiudicium hereditati non fiat;* futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt.

Sulla intelligenza di questo testo è stata questione tra gl'interpreti, quanto che non puossi giustificare la negazione della eccezione dopo la contestazione della lite, quando appunto incomincia il pregiudizio del doppio giudizio. Gli antichi interpretavano questa legge come se Giustiniano parlasse della lite non contestata, ma finita, indotti a ciò massimamente dalla chiusa di questo testo; quindi, emendandola, o aggiungevano la parola *finitam*, come il Bartolo, o cambiavano la parola *contestatam* in *concertatam* (1).

Però queste emendazioni sono state ritenute come arbitrarie ed insufficienti.

È da preferire la comune opinione formatasi in questi ultimi tempi, la quale conchiude che dopo la lite contestata nella petizione di eredità, non è che si possa dare libero corso alle azioni speciali senza che nulla vi si potesse opporre. Sarebbe questa una conseguenza falsa che alcuna parola della legge in discorso può giustificare, ma la intelligenza retta è che viene negato l'esercizio della speciale eccezione, *quod praeiudicium hereditati non fiat*, essendovi altre eccezioni generali da esperimentare, p. es., la *exceptio rei in iudicium deductae*. Tanto più in quanto con la petizione della eredità vien portata in giudizio ogni pretensione dell'erede attore sulle cose componenti l'eredità, donde poi come si è notato, gli obblighi per il convenuto condannato.

Ora perchè le singole questioni sono già incluse nel giudizio generale della petizione della eredità, la eccezione di cosa giudicata può opporsi, quando, essendosi giudicato della petizione, si vogliono dopo esercitare le azioni speciali.

L. 7, § 4, *de except. rei iud.* (44, 2) - Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur (2).

Quanto poi alla questione se tale eccezione pregiudiziale spetti al successore singolare del possessore, p. es., al compratore della eredità, è a distinguere.

Se la cosa fosse stata alienata dal possessore in mala fede, si hanno le regole della *ficta possessio*.

Se il venditore è il possessore in buona fede, allora dà norma la

L. 25, § 17, *h. t.* - Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit; et si vindicet, an exceptione non repellatur, *quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venundedit*, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen, si is, qui vendidit, paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde, atque si possideret, conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emtorum. Certe si minori pretio res venierint, et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum summoveri. Nam et si id, quod a debitoribus exegit possessor, petitori hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus libro quarto *Digestorum* scribit, sive bonae fidei possessor, sive praedo fuit, qui debitum ab his exegerat; et ipso iure eos liberari.

Quindi, secondo questo testo, se il compratore ha azione di regresso in caso di soccombenza, egli può opporre contro l'attore tanto l'*exceptio praeiudicialis*, quanto l'*exceptio doli*, se è esercitata l'azione dopo il giudizio (3).

Ma se il compratore si sottopone alla petizione di eredità, la eccezione è ammessa assolutamente, similmente è incontestabilmente ammessa la eccezione di dolo se l'attore abbia nel giudizio di petizione della eredità conseguito già il prezzo della cosa venduta.

### § 87. — *Interdictum quorum bonorum.*

Bibliografia.

T., D. *Quorum bonorum* (43, 2); C. *Quorum bonorum* (8, 2). - Savigny, *Ueber das Interdictum quorum bonorum* (*Zeitschr. f. Geschichtl. Rechtswiss.*, v, 1, vi, 3. — Idem, *Verm. Schriften*, ii, pag. 216, 221. — Thibaut, *Ueber das Interdictum quorum bonorum* (*Archiv. f. civil. Praxis*, x, 23). — Löhr, *Interdictum quorum bonorum* (*Magazzin f. Rechtswiss. u. Gesetzgebung*, iv, 24). — Francke, *Notherb.*, pag. 97. — Rosshirt, *Testam. Erbr.*, ii, § 128. — Leist, *Bonorum possessio*, i, § 48, ii, § 142-156-190. — Hingst, *Comment. de Bonorum possessione.* — Vangerow, ii, § 509. — Maynz, 410. — Arndts, *Civil. Schriften*, ii, pag. 310.

335. Nozione ed indole dell'*Interdictum quorum bonorum*; a chi e contro chi compete. — 336. Prove e di che natura esse sono; possibili eccezioni. — 337. Scopo e conseguenze dell'*Interdictum quorum bonorum;* opinione del Savigny; confutazione.

**335.** Accanto ai mezzi petitorii per difendere il diritto ereditario il Pretore concesse altri mezzi possessorii allo scopo di far conseguire il possesso dei beni. Uno di questi mezzi è l'*Interdictum quorum bonorum* concesso a colui che ottenne la *bonorum possessio*. Esso è diretto a domandare da colui che possiede la eredità *pro herede vel pro possessore* il possesso delle cose ereditarie. Per la qual cosa questo interdetto appartiene alla classe degl'interdetti *adipiscendae possessionis.*

L. 1, pr., § 1, *h. t.* - *Ait praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.* — § 1 - Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet; et appellatur *quorum bonorum*, et est adipiscendae possessionis universorum bonorum (4).

È attore di questa azione possessoria colui che per *agnitio* ebbe ottenuto la *bonorum possessio.*

§ 3, *Inst. de int.*, 4, 15 - Adipiscendae possessionis causa interdictum accomodatur bonorum possessori, quod appellatur *quorum bonorum*, eiusque vis et potestas haec est, ut, quod

(1) Vedi Donelli, *Comm. iuris. civ.*, lib. xix, cap. xv, § 12 (*Opp. omn. Ed. Lucae*, tom. v, pag. 727). Vedi anche Nood, *De hered. petit.*, ii, pag. 186.

(2) Vedi Vangerow, *Pand.*, ii, § 508, vol. 2. Dernburg, *Ueber Verhältniss der her. pet. zur den Singularklangen*, pag. 121.

(3) Vedi Vangerow, ii, § 508, nota 4.

Arndts, *Pand.*, § 531. *Civil. Schriften*, loc. cit., in contrario e nella intelligenza della parola *nisi*, Serafini, nota ad Arndts, loc. cit., nota 1, *Archivio giuridico*, vol. 41.

(4) Gai, *Inst.*, iv, 144.

ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem: itaque si quis, adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

La opinione che per l'esercizio di questo interdetto nella legislazione Giustinianea non vi ha più bisogno della *agnitio bonorum possessionis* non è accettabile.

Il passo delle L. 1, C. *h. t.* che si è invocato in sostegno di questa opinione è tutt'altro che favorevole. Esso così si esprime:

... Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et *ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum* probaveris.

Qui evidentemente si parla di un caso di un *suus* chiamato alla eredità o alla *bonorum possessio*, ovvero di un emancipato chiamato alla *bon.poss.*, ed in entrambi i casi è supposta *agnita* la *bonorum possessio*, come si rileva chiaramente dalla prima frase del testo riportato *quamvis.... agnovisti* (1).

È convenuto colui che possiede le cose ereditarie *pro herede* o *pro possessore*, ed a questo proposito per un Senatoconsulto di Adriano non giova contro lo interdetto neppure l'usucapione compiuta *pro herede*. Oltre a ciò questo interdetto può essere prodotto contro coloro che dolosamente lasciarono di possedere. La procedura di quest'azione è provvisoria e sommaria.

**336.** L'attore deve provare che ha acquistato la *bonor. poss.* Se questa è decretale, ottenuta cioè con preventiva *causae cognitio*, la pruova è perfetta con là esibizione del decreto che l'accorda, perchè si dimostra di essere stata la *bonor. poss.* acquistata a tempo debito e con giusto fondamento, giacchè l'attore per ottenerla ha dovuto presentare le *tabulae septem signis signatae* o dimostrare che è figlio del testatore, ecc. (2). Altrimenti tutti questi fatti bisogna che si provino.

La sola eccezione utile contro questo interdetto è che il convenuto abbia acquistato un diritto più valido alla *bon. poss.*, poichè le eccezioni di un migliore diritto ereditario o di essere proprietario delle cose possedute ecc., vengono perfettamente escluse; e colui che pretende uno di questi diritti, ossia il vero erede, il proprietario ecc., deve promuovere la propria azione in un giudizio definitivo (3).

**337.** Lo scopo dell'interdetto *Quorum bonorum* è essenzialmente differente da quello della *hereditatis petitio.* Imperciocchè in questa ultima azione lo scopo principale è quello di far riconoscere nello attore il diritto di erede, ed è logica conseguenza che il convenuto sia condannato alla restituzione di tutto ciò che si trova presso di lui a causa del possesso della eredità; l'interdetto *Quorum bonorum* al contrario ha per unico scopo che l'attore consegua il possesso dei beni, onde il complesso di tutti i beni è l'obbietto di questo interdetto, senza che l'obbligo del convenuto che soccombe sia universale come nella *hereditatis petitio.*

Dopo definito il giudizio dell'*interdictum*, si è sempre nel caso di poter esercitare la *petitio hereditatis*, quantochè nulla si è definito sul diritto ereditario.

Contro questa opinione è insorto principalmente il Savigny, il quale crede che l'*interdictum quorum bonorum* abbia uno scopo definitivo quale la *petitio hereditatis*, quantochè definisce una questione di *bonorum possessio cum re*, che è la eredità stessa secondo il sistema pretorio, così definitiva come la *hereditas.*

Però anche oggi la comune opinione è generalmente seguita, di guisa che è ritenuta:

1°) Che questo interdetto non è diretto a far conoscere il diritto di erede nell'attore, ma solo il possesso dei beni. Originariamente la stessa *bonorum possessio* non aveva che un carattere provvisorio, onde apparecchiare le parti in un giudizio petitorio, e l'*interdictum quorum bonorum* non poteva avere che lo stesso carattere di provvisorietà. Il quale carattere si è mantenuto sempre (4). Ora, se per tutti gli interdetti, nel giudizio non trattasi che una questione di possesso, non si sa perchè ciò non debba essere per il nostro interdetto, mentre si ha esempi d'interdetti *adipiscendae possessionis* unicamente diretti allo stabilimento del possesso senza nulla decidere del diritto, come l'*interdictum Salvianum* e l'*interdictum quod legatorum* (5).

È vero che la *bon. possessio* assunse un carattere definitivo in tutti quei casi in cui fu considerata *cum re*, e costituisce una vera eredità, ma perciò fu introdotta un'azione petitoria speciale nella *hereditatis petitio possessoria*, che sarebbe inutilmente introdotta se fosse vera la dottrina del Savigny; nè è soddisfacente la differenza che questo giurista trova nel diverso modo processuale.

La teoria di Savigny è ancora inconcepibile con le seguenti parole del Codice teodosiano:

In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuria tarditatis (6).

In effetto non si saprebbe spiegare, con la dottrina che combattiamo, perchè l'imperatore qualifica il nostro interdetto come un *beneficium celeritatis inventum*, e perchè la sentenza, che secondo Savigny dovea decidere un vero diritto, non è suscettibile di appello; mentre quelle parole riportate giustificano pienamente l'opinione comune. Sebbene a questa obbiezione Savigny risponde che in ogni caso si potrebbe opporre la *exceptio rei iudicatae* onde giustificare la mancanza di appellazione, pure bisogna ricordare che la *exceptio rei iudicatae* si ha in *eadem quaestione inter easdem personas*, ove, posto che l'*int. quor. bon.* non riguardi che il possesso, affermiamo con Paolo: *Si quis egerit de possessione et postea* in *rem agere, non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur* (7).

(1) Löhr, pag. 100, nota 52. Arndts a. a., pag. 616. Leist, I, pag. 389, fig. II, 2, pag. 470, fig.
(2) L. 1, C. *h. t.*
(3) Conf. L. 3, C. *h. t.*
(4) § 3, *Inst. de inter.* (4, 15); L. 2, § 3, *de inter.* (43, 11). Gai, *Inst.*, IV, 144.

(5) § 3, *Inst. cit.* nella nota prec.; L. 1, § 1, *quor. bon.* (43, 2); L. 1, Cod. *h. t.* (8, 2).

(6) L. 22, Cod. *Interd. quor. appell.* (11, 36).

(7) L. 14, § 8, *de except. rei iudic.* (44, 2).

### Altre specie di rimedi possessori.

§ 88. — 1. *Remedium ex edicto D. Hadriani.*

BIBLIOGRAFIA.

T., C. *de Edicto divi Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres possessionem mittatur* (6, 33); C. *ubi de hereditate agatur vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant* (3, 20).

Mascovius ad L. ult. C. *ad edictum D. Hadriani toll.* (opusc. I, 3). — Sintenis, *Capita selecta ex iure civili*, Giessen 1819, cap. I. — Vangerow, II, § 510. — Tewes, II, § 76.

338. In che consisteva il *remedium* D. Hadriani. — 339. Della *missio in possessionem* giustinianea; condizione di essa.

**338.** Un altro rimedio possessorio è la *missio in possessionem* dell'erede testamentario con un procedimento molto sommario. Esso fu introdotto da Adriano allo scopo di agevolare la riscossione delle tasse successorie (*vicesima hereditatum*), e consisteva in ciò, che quando l'erede testamentario presentava un testamento scritto senza vizii apparenti, poteva domandare immediatamente dal Pretore il possesso dei beni ereditarii.

Questo procedimento sommario della messa in possesso era sottoposto alle seguenti condizioni:

1°) Il chiedente doveva pagare immediatamente le tasse di successione.

2°) Il testamento doveva essere legalmente pubblicato.

3°) Il testamento medesimo doveva essere esibito durante l'anno dalla morte del testatore.

Pauli recept. *Sent.*, III, 5, § 14 a 18 - Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus heres iure in possessionem mittere desiderat — 15. Si inter heredem institutum et substitutum controversia sit, magis placet, eum in possessionem rerum hereditariarum mitti, qui primo loco scriptus est. — 16. Scriptus heres, ut statim in possessionem mittatur, iure desiderat. Hoc post annum iure impetrare non poterit. — 17. In eo testamento, quod nec, ut oportuit, oblatum nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat. — 18. In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam iure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat.

**339.** Giustiniano abolì l'editto di Adriano essendo state abolite le imposte ereditarie; lasciò però il provvedimento della *missio in possessionem* togliendo le condizioni innanzi dette.

L. 3, C. *h. t.* - Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicesimae hereditatum introductum est, cum multis ambagibus et difficultatibus et indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia et vicesima hereditatis ex nostra recessit republica, antiquatis nihilominus et aliis omnibus, quae circa repletionem, vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt, sancimus, ut, si quis ex asse, vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in iudicio competente causae ni possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit; nullis angustiis temporum huiusmodi missione coarctanda, sed sive tardius, sive praemature aliquis missus est, legis tantummodo arbitrium requiratur et causa, unde vel missio vel contradictio exoritur. Sive enim post annale tempus, sive post maioris aevi curricula aliquis fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum obiiciatur, nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem et super dominio praestare, vel ipsi, qui missus est, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit, manifestissimum est, non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam.

È condizione, perchè si possa esperimentare questo rimedio possessorio, che un testamento sia *prima figura iustum*, cioè senza vizii visibili, p. es., un testamento in cui non vi è nè cancellazione, nè manca la sottoscrizione dei testimoni. È indifferente poi se vi sia un vizio interno come la mancanza della *testamenti factio activa*, ecc.

Esibendosi un tale testamento si ha diritto dall'erede iscritto a farsi mettere immediatamente nel possesso dei beni ereditarii. Solo quando vi fosse contraddizione si procede ad una sommaria cognizione (1).

Le eccezioni che dall'attuale possessore della eredità si possono apporre contro l'erede scritto sono le seguenti:

1°) Il contradittore può anch'egli esibire un testamento, certo più recente di quello prodotto dall'attore, anch'esso senza vizi apparenti, ossia egli può provare di trovarsi nella medesima condizione di domandare per sè il provvedimento della L. 3, C. citata.

2°) Può eccepire che egli possiede le cose ereditarie *titulo singulari* per averle p. es., comprate da un terzo o avute in donazione, ecc., salvo naturalmente all'erede iscritto di produrre contro del possessore la petizione di eredità (2).

3°) Il convenuto può opporre ancora la eccezione di prescrizione. L'antico provvedimento di Adriano era limitato ad un solo anno; invece Giustiniano stabilì nella legge citata, che a tale scopo valesse o la prescrizione acquisitiva del dominio, ovvero una prescrizione estintiva che escluda la stessa petizione di eredità. E tale interpretazione comunemente accettata risulta dalle parole della legge riportata: *si enim vel ex una parte, vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit*, intendendosi colle parole *ex una parte* la prescrizione estintiva, e per le altre *ex utroque latere* la prescrizione acquisitiva o usucapione (3).

Le altre eccezioni riflettenti i vizi interni del testamento, come sarebbe p. e. la mancanza della *testamenti factio activa*, o l'essere il testamento inofficioso, irrito, ecc. non possono essere adoperate con efficacia in questo rimedio possessorio, ma spettano al giudizio definitivo della eredità.

§ 89. — 2. *Bonorum possessio furiosi nomine.*

BIBLIOGRAFIA.

D., T. *Bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente* (37, 3); C. *de curatore furiosi vel prodigi* (5, 70).

(1) L. 3, C. innanzi riportata: Sin autem aliquis contradictor extiterit etc.

(2) Vangerow, loc. cit. Tewes, loc cit.

(3) Vangerow, loc. cit.

Rotermund, *De successione furioso delata*, Gott. 1825. — Bachofen, *Missio furiosi nomine* (Pfandrecht, pag. 353). — Löhr, *Archiv. f. civil. Praxis*, v, pag. 116, in *Zeitscrift f. Civil. u. Process.*, iv, pag. 252. — Fritz, *ibid.*, iv, pag. 157. — Vangerow, *Archiv. f. civil. Praxis*, xxx, N. 1. — Fabricius, *Ursprung u. Entw. der B. P.*, pag. 165. — Mühlenbruch *in Glück*, xlii, pag. 445. — Tewes, ii, § 79.

340. Natura e condizione di questa *Bonor. possess.* — 341. Ulteriori provvedimenti in favore dell'erede furioso; disposizioni di Giustiniano.

**340.** Quando un furioso è chiamato alla eredità, se è *suus*, acquista la eredità *ipso iure*.

L. 7, § 2, C. *de curat. furiosi* (5, 70) - Sin vero perpetuo furiosus sui iuris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est iuris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres exsistat suis parentibus.

Se poi è un erede volontario, egli non potrà acquistare la eredità per mancanza di capacità, invece in suo favore si può nominare un amministratore e domandare per mezzo di lui la *bonorum possessio* nel tempo determinato; però ciò non gli dà il diritto ereditario se non quando rinsavisce ed abbia ratificato la presa di possesso nello spazio di cento giorni o di un anno.

L. 3, § 7, *de bon. poss.* (37, 1) - Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat ius bonorum possessionis.

**341.** Però per il furioso si provvide meglio in ciò che durante il tempo in cui rimaneva tale il periodo di cento giorni o di un anno non decorreva, e non cominciasse che dal momento in cui egli acquistava la coscienza del proprio diritto.

L. 5, pr., *quis ordo* (38, 15) - Quum filiofamilias bonorum possessio delata est, dies, quibus certiorari patrem non potest, ut vel iubeat agnosci bonorum possessionem, vel ratam habeat agnitionem bonorum possessionis, non cedunt. Fingamus, statim primo die, quo fuerit delata, agnovisse eum bonorum possessionem, certiorare patrem, ut comprobet, non posse; non cedent dies centum, incipient autem cedere, quum certior fieri potuit; praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit.

L. 1, *h. t.* - Furioso Titius substitutus est; bonorum possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem conditione est, neque instituto, neque substituto cedit, nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere; nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. Quid ergo, si curator accipere nolit, nonne iustius atque utilius erit, ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona iaceant? Quo admisso substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret; nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem acquireret.

Se il furioso muore durante la malattia, la eredità non s'intenderà da lui mai acquistata; la *bonorum possessio* domandata dal curatore resta sempre nella qualità di possesso provvisorio.

Giustiniano accolse tutti questi principii.

L. 7, § 3, C. *h. t.* - Sin autem ex alia quacumque causa hereditas ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est, sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit sive non, et si curator eius ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. Et iuris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. Nos itaque utramque auctorum aciem certo foedere compescentes sancimus, furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere; curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem extimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata est, et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitione.

Il principii che regolano questa *missio in possessionem* dunque sono i seguenti:

1°) Il curatore ha l'amministrazione della eredità come se questa fosse stata acquistata dal furioso (1).

Il furioso durante la *missio* ha diritto agli alimenti dalla eredità (2).

Se nel testamento in cui è scritto un furioso fossero a carico suo ordinati dei legati, il curatore è obbligato a pagarli, salvo cauzione che il legatario restituirà il legato se il furioso muore nella malattia, ammenochè non si provi dovere i legati rimanere validi anche quando il furioso non acquisti la eredità.

L. 48, § 1, *de legat.* (31) - Bonorum possessione dementi curatori data, legata a curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt. Sed, qui petent, cavere debebunt; si hereditas evicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit redditum iri.

2°) Se il furioso durante il possesso interinale rinsavisce, egli può o ratificare l'acquisto della eredità, ovvero ripudiarla. Anche durante un lucido intervallo egli può acquistare o ripudiare la eredità. Non osta a ciò il ricadere dopo nella malattia.

3°) Se il furioso muore nella malattia mentale la eredità si considera come non acquistata, quindi se è solo istituito, il testamento è *destitutum;* se invece vi è un sostituito od un coerede, nel primo caso la eredità sarà devoluta al sostituito e nel secondo la porzione del furioso si accresce al coerede.

L. 7, § 8, C. *h. t.* (5, 70) - Sin autem in furore diem suum finierit, vel in suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel substitutum, vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium; eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant et ad cuius bona vocabantur, si non in medio erat furiosus omni satisdatione vel cautione, quam per inextricabilem circuitum veteris iuris auctores induxerunt, radicitus excisa.

4°) Se il curatore omette di farsi mettere in possesso provvisorio in vantaggio del suo curando, il più prossimo chiamato dopo il furioso può domandare la *bonorum possessio* dietro cauzione di rilasciare l'eredità in avvenire a colui che sarà possibilmente più tardi dichiarato erede (3), fosse anche lo stesso furioso dopo rinsavito.

5°) Tutti questi principî hanno il loro valore quando

(1) L. 7, § 7, C. *h. t.* (5, 70).
(2) L. 51, pr., *de hered. petit.* (5, 3).

(3) L. 1, *h. t.*, innanzi riportata.

si tratta di acquisto della eredità; invece se si tratta di legati o fedecommessi, il curatore nell'interesse del furioso li può acquistare definitivamente.

L. 7, pr., *ad S. C. Trebellianum* (6, 49) - Sancimus, licentiam esse, etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, et sive onere fideiussionis, ubi tamen pupillus fari non possit, vel abesse noscitur, ne, dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. Idemque iuris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas, ut restitutio curatori eius soli, nomine scilicet furiosi celebretur. Quis enim sensus, quae vox certa furioso esse intelligitur, quum in utroque caso restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem? hoc eodem observando, et si ipsi pupilli vel furiosi restitutione gravati sunt.

### § 90. — 3. *Missio in possessionem ventris nomine.*

Bibliografia.

T., D. *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius* (37, 9); D. *Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem dolo malo ad alium translata esse dicatur* (25, 5); D. *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur* (25, 6); D. *De inspiciendo ventre* (25, 4).

Foerster, *De bonorum possessione liber. praeterit. contra tabulas parentum*, pag. 242. — Bachofen, *Missio in possessionem ventris nomine* (in Pfandrecht, pag. 329). — Leist, *Bonor. possess.*, II, 1, pag. 90, II, 2, pag. 341. — Mühlenbruch in *Glück*, XXVIII, pag. 330. — Tewes, II, § 78.

342. — Natura e condizioni di questa *missio in possessionem;* diritti concessi alla madre.

**342.** Quando l'erede, sia intestato o testamentario, si trovi alla morte del testatore in embrione nelle viscere materne, la madre può farsi immettere nel possesso dei beni ereditarii nell'interesse del nascituro. Però sono da osservare le seguenti regole:

1°) La madre è autorizzata a domandare il possesso provvisorio dei beni ereditarii, quando il nascituro, essendo erede *ab intestato*, è il più prossimo appartenente alla prima classe dei discendenti.

L. 1, pr., *de ventre in possess.* (37, 9) - Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

Se il nascituro è erede testamentario, la madre può domandare il possesso dei beni solo quando avesse bisogno di alimenti.

L. 6, *eod.* - Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur.

È essenziale che il nascituro sia il vero erede se nasce.

L. 7, pr. *eod.* - Ubicumque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset, ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est (1).

2°) Questa *missio in possessionem* dev'essere preceduta da una *causae cognitio*, quando è contrastata o la gravidanza, ovvero la qualità di erede del nascituro.

L. 1, § 14, *eod.* - Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur, vel nurus, vel esse, vel fuisse, vel ex eo praegnans non esse contendatur decretum interponit Praetor ad exemplum Carboniani Edicti. Et ita Divus Hadrianus Claudio Proculo Praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret, et si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret; si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est; sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere, ut ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnans sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. Idemque est, et si status mulieri controversia fiat (2).

A domanda del convenuto la donna è obbligata di sottomettersi ad una ispezione.

L. 1, *de inspiciendo ventre* (25, 4) - Temporibus Divorum fratrum quum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnantem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano Praetori Urbano rescripserunt in haec verba: *Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat, et se non esse praegnantem profiteatur, custodem apponat; et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione commodissimum est, eligi honestissimae feminae domum, in quam Domitia veniat; et ibi tres obstetrices probatae et artis, et fidei, quae a te assumtae fuerint, eam inspiciant; et si quidem vel omnes, vel duae renuntiaverint, praegnantem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset. Quodsi enixa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam; si autem vel omnes vel plures, non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit.*

La *missio in possessionem* non dà alla madre che la sola detenzione. All'amministrazione dei beni ereditarii e alla cura del nascituro si provvede con la nomina di un curatore *ventris nomine*, il quale ha l'incarico anche di dare gli alimenti alla donna.

L. 1, § 17, 19, 22, *h. t.* (37, 9) - Quoties autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum, in custodiam bonorum esse; si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, quum periculum ad curatorem pertineat. Idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet oportet creditores curare, vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret. - § 19 Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus foetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet; et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius atque mulieris. - § 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum (3).

3°) Questo possesso provvisorio termina al momento che il nascituro viene alla luce o che la donna abortisce, o si dimostra falsa la gravidanza.

L. 1, § 27, *h. t.* - Tamdiu autem venter in possessione esse debet, quamdiu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit, eam non esse praegnantem (4).

---

(1) L. 10, 8, *eod.*
(2) L. 7, § 1, *h. t.* (37, 9); L. 8, § 3, *de Carbon. Edicto* (37, 10).

(3) L. I, § 23, 27, *eod.*
(4) L. 30, § 2; L. 84, *de acquir. vel omit. hered.* (29, 2); L. 3, *de inspiciendo ventre* (5, 4).

Se si prova che la donna non è pregnante, bisogna distinguere se ella abbia simulato con frode la gravidanza ovvero se sia in buona fede. In quest'ultimo caso non è obbligata a restituire gli alimenti percepiti; nel primo caso deve restituire non solo gli alimenti, ma ancora prestare gl'interessi.

L. 3, *h. t.* (37, 9) - Sumtus autem ab ea facti bona fide non repetuntur.

L. 1, § 28, *eod.* - Et si sciens prudensque se praegnantem non esse, consumserit, de suo eam id consumsisse Labeo ait.

Il vero erede a questo scopo ha un *actio in factum* annale contro la donna diretta ai danni, e ne ha ancora un altra perpetua, cioè prescrivibile in trent'anni se la donna abbia distratte cose ereditarie (1).

## § 91. - 4. *Missio in possessionem ex Carboniano Edicto.*

BIBLIOGRAFIA.

T., D. *de Carboniano Edicto* (37, 10) - T., C. *de Carboniano Edicto* (6, 17).

343. Elementi essenziali di questa *missio in possessionem*, ecc. A chi essa spetti e diritti dell'impubere su di essa.

**343.** Se il defunto lascia un discendente impubere, al quale si contrasta lo stato di figlio e con ciò il diritto ereditario del defunto, la questione dello stato di famiglia è sospesa e rimandata al tempo della pubertà; nell'intervallo però a domanda del tutore, *ex Carboniano Edicto* si accorda a lui un possesso provvisorio dei beni ereditarii.

L. 1, pr., *h. t.* - Si cui controversia fiet an inter liberos sit et impubes sit; causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur (2).

Spetta questa *bonorum possessio* al discendente del testatore che ha necessariamente il diritto di successione. *His demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas bonorum possessio competit* (3).

La domanda dev'esser fatta nello spazio di un anno con una *causae cognitio* preventiva (4), la quale deve accertare se il diritto ereditario dell'impubere sia fondato. Nel dubbio si decide in favore di lui.

L. 3, § 4, *h. t.* - Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, quum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet Praetor cognoscere. Et si quidem absolutam causam invenerit, evidenterque probatur, filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam; si vero ambiguam causam, hoc est, vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem.

In secondo bisogna che si accerti il fatto se il rimandare la questione di stato al tempo della pubertà non sia in pregiudizio dello stesso impubere.

L. 3, § 5, *h. t.* - Duae autem sunt causae cognitiones; una dandae Carbonianae possessionis, quae habet commodum illud, ut perinde, atque si nullam controversiam pateretur impubes, possessionem accipiat; alia causae cognitio illa, utrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio, an repraesentari. Hoc autem diligentissime Praetori examinandum est, an expediat pupillo repraesentari cognitionem, an potius differri in tempus pubertatis; et maxime inquirere hoc a cognatis, matre tutoribusque pupilli debet. Finge esse testes quosdam qui dilata controversia aut mutabunt consilium, aut decedent, aut propter temporis intervallum non eandem fidem habebunt; vel finge esse unam obstetricem, vel ancillas, quae veritatem pro partu possunt insinuare, vel instrumenta satis idonea ad victoriam; vel quaedam alia argumenta, ut magis damnum patiatur pupillus, quod differtur cognitio, quam compendium, quod non repraesentatur; finge, pupillum satisdare non posse, et admissos in possessionem, cui de hereditate controversiam faciunt, multa posse subtrahere, novare, moliri, aut stulti, aut iniqui Praetoris erit, rem in tempus pubertatis differre cum summo eius incommodo, qui consultum velit. Divus etiam Hadrianus ita rescripsit: *Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint; ceterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum intersit, mature de ea iudicari, et tutores eorum iudicii experiri volunt, non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est, et pendere status eorum, quum iam possit indubitatus esse.*

Quando l'impubere ottiene la *bonorum possessio*, non è perciò considerato come vero erede, ma ne ha solo la detenzione; può per altro dal reddito dei beni prendere gli alimenti che non ha bisogno di restituire nel caso che la questione di stato venga decisa contro di lui. L'amministrazione di essi beni e lo esclusivo possesso è dato al tutore dell'impubere se presta cauzione.

L. 5, § 3, *h. t.* - An autem vescendi causa deminuere possit, is, qui ex Carboniano missus est, videamus. Et si quidem satis impubes dedit, sive decrevit Praeses, sive non, deminuet vescendi causa, et hoc minus restituet hereditatis petitori; quodsi satisdare non potuit, et aliter alere se videtur non posse, deminuendi causa usque ad id, quod alimentis eius necessarium est, mittendus est. Nec mirum debet videri, hereditatem propter alimenta minui eius, quem fortasse iudicabitur filium non esse, quum omnium edictis venter in possessionem mittatur, et alimenta mulieri praestentur propter eum qui potest non nasci, maiorque cura debeat adhiberi, ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petitorem perveniat, si apparuit filium non esse.

Se l'impubere non dà cauzione e invece essa è prestata dall'avversario, questi è immesso nel possesso dei beni ereditarii insieme con l'impubere e ne riceve la amministrazione.

L. 1, § 1, *h. t* - Eum, qui controversiam facit, si pro pupillo satis ei non detur, simul in possessionem eorum bonorum esse Praetor iubet.

L. 5, § 2, *eod.* - Quoties impubes satis non dat, mittitur in possessionem adversarius eius, sive satis det, sive non det. Si velit adversarius committi sibi administrationem, satisdare debet pupillo; ceterum si satis non det, debet curator constitui, per quem bona administrentur. Adversarius autem si satisdederit, res quae tempore periturae, aut deteriores futurae sint, distrahere debet; item a debitoribus, qui tempore liberabuntur, exigere debet, cetera cum pupillo possidebit.

Se nessuno presta cauzione viene nominato dall'autorità giudiziaria un curatore per l'amministrazione della eredità.

L. 5, § 5, *h. t.* - Quum autem in satisdatione et pupillus et adversarius eius cessant, curator constituendus est, qui bona administret, et quandoque ei, qui iudicio vicerit, restituat. Quid tamen si tutores pupilli velint administrare? Non erunt audiendi, nisi satisdederint nomine pupilli aut curatores quoque iidem ipsi sint constituti.

La prestazione della cauzione da parte dell'impubere

(1) L. 1, § 1, 2, 3, 8 e 9 (25, 6); L. 1, pr., § 3 e 4, *de inspiciendo ventre* (25, 5).

(2) L. 3, § 6; L. 6, § 3, *eod.*

(3) L. 1, § 3; L. 3, *ib.*

(4) L. 3, § 14, *h. t.*

dà il vantaggio, oltre all'amministrazione, di costituirlo convenuto nel futuro giudizio della eredità; mentre se la cauzione è offerta dall'avversario, egli dovrebbe nel futuro giudizio esserne l'attore; il vantaggio del possesso esclusivo da parte dell'impubere può essere da lui ottenuto anche quando egli presti cauzione dopo aver raggiunta la pubertà.

L. 6, § 6, *h. t.* - Post pubertatem quaeritur an actoris partis sustinere debeat, qui ex Carboniano missus est in possessionem. Et responsum est, rei partes eum sustinere debere, maxime si cavit; sed et si non caverit, si nunc paratus sit cavere, quasi possessor conveniendus est. Quodsi nunc non caveat, possessio transfertur adversario satis offerente, perinde atque si nunc primum ab eo peteretur hereditas.

I coeredi dell'impubere ricevono il possesso dei beni insieme con lui.

L. 5, pr., *eod.* - Sed si is, qui controversiam impuberi facit, ex liberis sit, eveniet, ut, sive caveat hic, cui status fit controversia, sive non caveat, attamen simul sit in possessione.

## Capitolo VI. — Dei legati e fedecommessi.

### Bibliografia.

TT., *Inst.*, *de legatis* (2, 20); *de singulis rebus per fideicommissum relictis* (2, 24); TT., D. *de legatis et fideicommissis* (30-32); TT., C. *de legatis* (6, 37); *de fideicommissis* (6, 42;) *communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda* (6, 43); *de verborum et rerum significatione* (6, 38).
Donellus, *Comment. iur. civ.*, *lib.* VIII. — Rosshirt, *Die Lehre von den Vermächtnissen*, Heidelberg 1835. — Mayer, *Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen*, 1854. — Marezoll, *Zur Lehre von den Vermächtnissen in Zeitscrift f. Civil. u. Process.*, IX, N. 4 e 9. — Löhr, *Bruchstücke aus der Lehre von den Legaten und Fideicommissen, in Magazin*, IV, N. 6. — Maynz, III, § 414. — Forti, Trattati inediti, pagine 155-270. — Hartmann, *Ueber Begriff und Natur der Vermächtniss*, Braunschweig 1872. —Fein *in Glück*, XLIV-XLV. — Arndts *in Glück*, XLVI-XLVIII. — Ferrini, *Dei legati e fedecommessi*, Milano 1889.

### § 92. — *Nozione dei legati.*

341. Definizione del legato e suoi elementi. — 345. Chi possa esser gravato di un legato e regole relative ai fedecommessi e alle sostituzioni pupillari. — 346. Norme generali riflettenti l'onere del legato.

**344.** Il legato è così definito: ***legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*** (1), ed altrove è definito: ***legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda*** (2).

Perciò il legato può definirsi per quella cosa o diritto ereditario che in virtù di una disposizione di ultima volontà il testatore lascia, per mezzo dell'erede universale, a qualcuno. Quindi il legato crea una successione a causa di morte sopra una cosa singolare o diritto speciale a carico della eredità non direttamente, ma mediante l'erede. È detta *delibatio hereditatis* perchè opera una diminuzione della eredità a favore del terzo (3); e, perchè è un acquisto *lucrativa causa*, è detto *donatio testamento relicta.*

Il legato suppone tre persone, cioè un testatore che rilascia il legato, l'erede destinato a trasmetterlo e perciò detto *onerato* ovvero *gravatus*, finalmente il legatario detto *onorato*, in vantaggio di cui è fatto il legato. È regola generale che può validamente instituire un legato chi è capace di fare testamento, in guisa che tutte le limitazioni osservate per la capacità d'instituire eredi valgono ancora rispetto ai legati.

**345** Quanto alla persona del gravato, nel diritto antico potevano esserlo tutti coloro che ritraessero direttamente un vantaggio dalla eredità. Perciò il padrone del servo instituito erede, il padre del figlio di famiglia che ereditava, perchè ricevevano il vantaggio ereditario indirettamente, non potevano essere gravati di legati.

Ulp., *Fragm.*, XXIV, 21 - Legatum eo tantum dari potest qui heres institutus est: ideoque filiofamilias herede instituto vel servo, neque a patre, neque a domino legari potest (4).

Questa regola non si applicava ai fedecommessi nei quali potevano essere efficacemente gravati di un legato il padrone e il padre di famiglia, ancorchè non ereditassero direttamente.

Ulp., *Fragm.* XXV, 10 - Legatario vel filio, qui in potestate est, servove heredibus institutis seu his legatum sit, patri vel domino fideicommitti potest, quamvis ab eo legari non possit.

Questa specialità dei fedecommessi divenne regola generale quando i legati da Giustiniano furono equiparati ai fedecommessi. Onde nel diritto Giustinianeo il padre può esser gravato di un legato quando è instituito erede il figlio sottoposto alla patria potestà, giacchè egli dalla eredità lucra almeno l'usufrutto. Egli vi è obbligato con una sola limitazione che il legato non superi il valore del suo usufrutto.

Il legato può essere gravato anche sulla sostituzione pupillare. Però, considerandosi il sostituito pupillare come un *secundus heres* del padre, i legati devono gravare sulla eredità che il padre trasmette al figlio (*legavit pater de suo*) (5), non altrimenti che se il sostituito fosse stato instituito in ***primis tabulis sub conditione.*** Si noti che in somiglianti legati il *dies cedens* non segue al punto della morte dell'instituito, ma alla morte del padre; di guisa che, se il padre avesse legata la medesima cosa a Tizio nel suo testamento e a Caio in ***secundis tabulis***, i due legatarii sarebbero *re coniuncti* e tra essi avrebbe luogo il diritto di accrescimento.

L. 41, § 6, *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6) - Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto, nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus, tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret; nam et quum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit (6).

Il legato commesso al sostituito pupillare è regolato dai seguenti principii:

(1) L. 116, pr., *de legat.* (30).
(2) § 1, *Inst. de legat.* (2, 20); L. 36, *de legat.* (32).
(3) L. 11, *de leg.* 30.
(4) L. 11, § 5, *ad leg. falc.* (35, 2).
(5) La opinione contraria di Hartmann e di altri su questo punto non ha fondamento (Vedi Ferrini, op. cit., pag. 53.
(6) L. 1, 7, § 4-5, *quando dies legat.* (36, 2); L. 34, § 10, *de legat.*

1° Se il pupillo è instituito, i legati commessi al sostituito pupillare non sono efficaci se non per quanto importa la eredità del padre valutata alla morte di lui e detratta la quarta falcidia.

L. 11, § 5, *ad leg. Falc.* (35, 2) - Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, velut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis reliquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur (1).

2° Se il figlio impubere è diseredato, e il sostituito pupillare è nel medesimo tempo instituito nel testamento paterno, i legati commessi al sostituito saranno efficaci con la limitazione notata nel numero precedente.

L. 11, § 8, *eod.* - Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, quum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres extiterit (2).

3° Se l'impubere è poi diseredato, e il sostituito non è instituito nel testamento del padre, i legati commessi al sostituito sono inefficaci.

L. 24, C. *de legat.* (6, 37) - Quum quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis iniuriam etiam substitutionem ei addidit, et a substituto legatum reliquit, quaerebatur, si huiusmodi legatum vel fideicommissum potest valere. Sed et si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, et substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum, iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum potest relinquere. Quum igitur antiquitas quidem hoc diverse tractare maluit, nobis autem huiusmodi iurgia supervacua esse videntur, sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, praegravari, nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, a substituto eius vel legare, vel fideicommittere voluit.

Tali legati sono nulli anche quando fossero stati fatti in favore dello stesso diseredato e quindi per tal mezzo al sostituito perviene una parte del patrimonio paterno.

In egual modo bisogna decidere il caso quando il padre, diseredato il figlio, abbia imposto dei legati agli eredi intestati del pupillo, sia che tali eredi ab intestato siano anche eredi del padre, ovvero in altro modo per mezzo della eredità del pupillo abbiano ottenuto qualche cosa della eredità paterna.

L. 94, pr., *de legat.* (30) - Plane si filium impuberem exheredaverit, fideicommissum legitimus heres praestare cogendus non erit, nisi idem et patri heres fuerit.

L. 126, *eod.* - Ab exheredati substituto inutiliter legatum datur; ergo nec a legitimo exheredati fideicommissum dari poterit; quod et legitimi eo iure praestare coguntur, quo si scripti fuissent. Sed si committente aliquo ex liberis Edictum Praetoris, quo contra tabulas bonorum possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tabulas bonorum possessionem petierit, substitutus eius legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id, quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset (3).

In generale può essere gravato di legato colui il quale riceve qualche cosa per testamento, e quindi anche il legatario stesso, purchè la riceva spontaneamente. Per la qual cosa coloro i quali hanno diritto alla sola porzione legittima non possono essere gravati di legati, se non su quella parte che supera la porzione legittima, e ciò perchè l'erede ha quella tale porzione dalla legge e non dalla volontà del testatore.

L. 114, § 1, *de legat.* (30) - Si libertus ab intestato decesserit, a patrono potest usque ad partem debitam fideicommissum relinquere, quia, si testamentum faceret, licebit ei partem debitam solam relinquere.

Egualmente non può essere gravato di legato colui che fece una donazione *mortis causa* rinunciando al diritto di rivocarla (4).

Finalmente non si può instituire un legato sul creditore della eredità, il quale ha ricevuto per mezzo del testamento un vantaggio maggiore per la soddisfazione di tale obbligazione, come sarebbe, p. e. se, essendo l'obbligazione *ad diem*, per mezzo del testamento si fosse imposto all'erede di soddisfare tale obbligazione prima del termine o avesse ottenuto un altro simile vantaggio.

L. 3, § 2, *de legat.* (32) - Si rem quis debeat ex stipulatu ei, cui rem legaverit, fidei committere eius non poterit, licet ex legato commodum sentire videatur, quod dominium nanciscitur statim, nec expectat ex stipulatu actionem; fortassis quis dicat, et sumtum litis, quem sustineret, si ex stipulatione litigaret, eum lucrari; sed nequaquam dicendum est, huius fidei committi posse.

Lo stesso si dica quando le cose ereditarie pervengono nelle mani del gravato per caso fortuito.

L. 6, § 1, *de legat.* (32) - Sic autem fideicommissum dari non poterit: *si Stichus Seii factus iussu eius hereditatem adierit, rogo det*, quoniam qui fortuite, non iudicio testatoris, consequitur hereditatem, vel legatum, non debet onerari; nec recipiendum est, ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges.

**346.** Quanto all'onere del legato valgono in generale le seguenti norme:

1° Nessuno può essere gravato di legati più di quello che gli è lasciato.

§ 1, *Inst. de singulis rebus* (2, 24) - Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, in utiliter relinquitur (5).

A questa regola vi sono due eccezioni.

*a*) Secondo Giustiniano l'erede che non ha fatto un regolare inventario è obbligato a pagare i legati senza alcuna riduzione.

L. 22, § 14, C. *de iure delib.* (6, 30) - Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem) inventarium cum omni subtilitate facere, non liceat ei post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur. Quum enim gemini tramites inventi sunt, unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit, alter autem rudis

(1) L. 11, § 6, 7; L. 79, 80-87, § 7, *ad leg. falc.* (35, 2).

(2) L. 10, *ad leg. falc.*; confr. L. 94, *de legat.* (30).

(3) L. 92, § 2; L. 93, pr., *de legat.* (30). Vedi Arndts *in Gluck*, XLVII, pag. 199.

(4) L. 35, § 4, *de mort. caus. donat.* (39, 6).

(5) L. 114, *de legatis* (30); L. 8, pr., *de legat.* (32).

et novus a nostro numine repertus, per quem et adeuntes sine damno conservantur, electionem ei damus vel nostram constitutionem eligere et beneficium eius sentire, vel, si eam aspernandam existimaverit et ad deliberationis auxilium convolaverit, eius effectum habere; et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur, et non secundum modum patrimonii, sed etsi exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen. Et ideo et in ipsam deliberationis dationem et divinum rescriptum super hoc promulgandum hoc adiici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint vel pro herede gesserint vel non recusaverint hereditatem omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis falcidiae beneficio minime utatur. Quodsi post deliberandum recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda (1).

*b*) Quando a qualcuno è stata legata una somma, mentre gli s'impone di prestare ad un terzo una cosa od un'altra prestazione a titolo di legato, anche di maggior valore con l'accettazione questi si obbliga a tutta la prestazione impostagli.

L. 70, § 1, 2, *de legat.* (31) - Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum dumtaxat additamentum admittetur, nec mutanda sententia erit quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut poenam stipulationis imminentem evasit. Haec ita, si quantitas cum quantitate confeҏratur; enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam quamquam maioris pretii est, restituere non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare; non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat. - § 2. Quum quidam filio suo ex parte herede instituto patruum eius coheredem ei dedisset, et ab eo petiisset, ut filium suum pro virili portione filiis suis coheredem faceret, si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hereditas habuit, nihil amplius peti posse; quodsi plus, etiam fructuum, quos patruus percepit vel, quum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam esse rationem responsum est, non secus, quam si centum millibus legatis rogetur, post tempus maiorem quantitatem restituere.

2° La porzione legittima non può essere gravata di legato.

Qualche volta può essere dubbio chi o quali degli eredi sieno in effetto gravati e come lo siano. In generale dipende dalla volontà del testatore il designare direttamente o indirettamente il legatario ovvero se molti eredi gravati debbano rispondere a parti uguali secondo le quote ereditarie. Si hanno su di ciò i seguenti criterii:

1° Se a più eredi con espressione generica e senza ricordare i loro nomi è imposto il legato, sono tenuti tutti verso il legatario in proporzione della quota ereditaria l'uno indipendentemente dall'altro, eccetto se l'obbietto del legato è indivisibile, poichè l'indivisibilità porta l'obbligo ad ognuno dell'intero.

L. 33, pr., *de legat.* (31) - Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet (2).

2° Se poi il legato è stato imposto a più eredi n minandoli specificatamente, essi sono tenuti a porzioni eguali.

L. 124, *de legat.* (30) - Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent (3).

3° Finalmente se fu imposto il legato a tutti gli eredi escludendone alcuni determinati a nome, allora tutti, eccetto gli esclusi, sono tenuti in proporzione della quota ereditaria.

L. 104, pr., *de legat.* (30) - Ab omnibus heredibus legatum ita erat: *quisquis mihi heres erit, damnas esto Titio dare centum*, deinde infra comprehensum erat, ne unus ex heredibus ei daret; quaeritur, reliqui heredes utrum tota centum dare deberent, an deducta unius illius hereditaria portione. Respondit verius esse, reliquos heredes tota centum debere, quum et significatio verborum non repugnet huic sententiae et voluntas testatoris congruat (4).

È legatario colui al quale il testatore, per causa di favore, lascia una parte determinata del suo patrimonio, il che non avviene altrimenti che diminuendo il beneflzio dell'erede (5).

La persona del legatario dev'essere capace a succedere, e determinata nominativamente come quella dell'erede. Si può dare a più legatarii un legato in comune o alternativamente, in questo ultimo caso essi sono da reputare come creditori correali, nel primo come semplicemente collegatarii (6).

## § 93. — *Storia delle varie forme della istituzione dei legati.*

347. Forme di legati secondo l'antico diritto in generale. — 348. *Legatum per vindicationem;* sua natura ed effetti. — 349. *Legatum per damnationem;* differenza col primo. — 350. *Legatum sinendi modo.* — 351. *Legatum per praeceptionem.* — 352. Del fedecommesso; carattere giuridico di questo istituto; forme di esso. — 353. Forza giuridica di questo istituto. — 354. Fusione del legato e del fedecommesso.

**347.** Come nella storia di ogni altro istituto giuridico romano, anche in quella dei legati, è da notare una prima ed universale divisione, cui pone capo la solita distinzione tra il diritto civile rigoroso ed il diritto delle genti.

Istituto del rigoroso diritto civile è il *legatum* propriamente detto: istituto del diritto delle genti è il *fideicommissum.*

(1) Nov. I, Cap. I, § 2.

(2) Confr. L. 83, § 3, *de legat.* (30); L. 44, pr. (31); L. 11, § 23-24, *de legat.* (32); L. 7, *de ser. leg.* (33, 3); L. 81, *ad Falc.*

(3) Confr. L. 54, § 2, *eod.*

(4) L. 17, *de duob. reis.* (45, 2) - Confr. L. 81, § 4, *eod.* Sulla contraddizione dei testi a questo proposito ved. *Cuiac. recitt. solemn.* (op. omn.), VIII, pag. 1139. Gordonius, *Praetermissa iur. civ.* (*Ott. thes.*, II, pag. 841). Scip. Gentilis, *De iure accrescendi* (op. omn.), I, pag. 181. Dabis, *Zeitschr. Giessen.* (N. F.), I, pag. 306. Rosshirt, *Verm.*, I, pag. 238. Vangerow, *Pand.*, § 521. Arndts, *R. Lexicon*, IV, pag. 284.

(5) L. 11, § 20, 22, *de legat.* (32); L. 49, § 4, 6; L. 69, § 2, *h. t.* (30).

(6) § 24, *Inst. de legat.* (2, 20); L. 54, *de legat.* (30); L. 4, *de reb. dub.* (34, 5); L. 16, *de legat.* (31).

I. Il *legatum*, giusta la sua natura eminentemente civile, di cui abbiamo fatto cenno, doveva essere disposto con parole speciali, *verba civilia*, ossia con parole latine.

Gai, *Inst.*, II, 281 - Item legata graece scripta non valent.

L'antico diritto riconosceva quattro forme di legati.

1° *Legatum per vindicationem*.
2° *Legatum per damnationem*.
3° *Legatum sinendi modo*.
4° *Legatum per praeceptionem*.

**348.** 1° Il *legatum per vindicationem* avea l'efficacia di trasferire direttamente la cosa legata nella proprietà quiritaria del legatario, il quale vi acquistava la *rei vindicatio*, quindi la poteva rivendicare dalle mani di qualsiasi possessore.

Il *legatum per vindicationem* era un modo di acquisto adunque della proprietà quiritaria. Questa ne era la formola: *Hominem Stichum... do lego*, od anche *sumito, capito, sibi habeto*.

Dal suo carattere si desume, che per essere tal legato valido è uopo che il testatore non solo abbia la proprietà quiritaria della cosa che lega, ma che tale proprietà gli appartenga e nel momento della fazione del testamento e nel momento della morte. Se non che per le cose fungibili, cioè per quelle *quae pondere, numero, mensura consistunt*, basta, che si trovino nella proprietà quiritaria del testatore semplicemente alla morte di lui.

Gai, *Inst.*, II, 196 - Eae autem solae res per vindicationem leguntur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam; ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur, alioquin inutile esse legatum.

Ulp., *Frag.*, XXIV, 7 - Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuerunt, mortis et quam testamentum faciebat, praeterquam si pondere, numero, mensura contineantur; in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore (eius) fuerint ex iure Quiritium.

Giusta l'indole del legato *per vindicationem* i collegatarii diventano comproprietarii della cosa legata; e ciò tanto se essi siano istituiti *coniunctim* quanto se *disiunctim*; cioè, sia che siano *coniuncti re et verbis* sia *re tantum*, la porzione del collegatario che manca prima di acquistare il legato si accresce agli altri. Sia dunque nel legato *Titio et Maevio hominem Stichum do lego*, sia nell'altro *Titio hominem Stichum do lego: Maevio eundem hominem Stichum do lego*, se Tizio manca prima di acquistare il legato, la sua porzione si accresce a Mevio.

Gai, *Inst.*, II, 199 - Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere, coniunctim autem ita legatur: *Lucio Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disiunctim ita: *Lucio Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego*.

Quanto al momento in cui la eredità passa eravi questione tra i Proculeiani e i Sabiniani. Questi erano di opinione che il passaggio del dominio avvenisse al momento dell'acquisto dell'eredità da parte dell'erede, anche indipendentemente dalla volontà del legatario; mentre i Proculeiani ritenevano non potere il passaggio aver luogo senza il giuridico concorso della volontà del legatario. Un rescritto di Antonino decise la controversia, dando la prevalenza alla opinione dei Proculeiani.

Gai, *Inst.*, II, 195 - In eo vero dissentiunt prudentes; nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret, sibi legatum esse, sed posteaquam scierit et repulerit, tum perinde esse atque si legatum non esset; Nerva vera et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere; sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, deliberent, inquit, decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.

**349.** 2° Il *legatum per damnationem* si diceva quello per cui il testatore imponeva all'erede di dare o prestare ovvero mancipare, *in iure cedere*, o *tradere* qualche cosa al legatario. La formola era la seguente: *Heres damnas esto Stichum servum, fundum Cornelianum Titio dare*, ovvero *dato*, oppure *dare iubeo*.

Gai, *Inst.*, II, 201 - Per damnationem hoc modo legamus; *heres meus Stichum servum meum dare Lucio Titio damnas esto:* sed et si *dato* scriptum sit, per damnationem legatum est (1).

Il *legatum per damnationem* crea dunque una obbligazione in favore del legatario contro l'erede, quasi *ex contractu*, e quindi per questa forma potevano essere legate tutte le cose, anche altrui, ed in generale tutto ciò che poteva essere oggetto di valida obbligazione.

Gai, *Inst.*, II, 202-205 - Quo genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat. — 203 - Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. — 204 - Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est: ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere, heredem sibi dare oportere, et tunc heres, rem si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit; nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione demum pleno iure fit legatarii: finitur autem usucapio, ut supra quoque diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero, quae solo tenentur, biennio. — 205 - Est et illud dissimile per vindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, siquidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut et per vindicationem legato, si vero disiunctim, singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat; et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet (2).

Per mezzo di questa formola poteva imporsi all'erede di trasmettere o dare al legatario una parte della eredità p. e., *Heres meus cum Titio hereditatem meam partito*, ovvero *dividito*, donde la *partitio legata*.

Ulp., *Fragm.* XXIV, 25 - Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa, id est pars legari potest,

(1) Ulp., *Fragm.*, XXIV, 4. Paul, *Recept. sent.*, III, 6, § 2, 6, 8. Vat., *Fragm.*, § 85, 87, 88.

(2) L. 49, § 8 e 9; L. 66, *de legat.* (30); L. 30, § 3, *de legat.* (32); L. 2, 7, § 1, 3; L. 8, 9, 25, *de liberat. legat.* (24, 3). Gai, *Inst.*, II, 197.

quae species partitio appellatur; ut puta hoc modo: *heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito;* quo casu dimidia pars bonorum Titio legata videtur: potest autem et alia pars, velut tertia vel quarta legari.

Per mezzo di questa specie di legato, il legatario non succede in *universum ius*, ma sibbene si crea un diritto di obbligazione in suo favore contro l'erede, simile al diritto che possa avere un compratore della eredità; il legatario ha diritto di conseguire per mezzo di una *actio ex testamento* la parte della eredità, o anche tutta la eredità medesima, qualora fosse in questo modo legata, sottratto naturalmente tutto ciò che forma il diritto dei terzi o altre deduzioni come p. e., la porzione legittima, la quarta falcidia, ecc. (1).

A sicurezza di questo legato furono introdotte alcune *stipulationes partis et pro parte* tra l'erede ed il legatario.

Gai, *Inst.*, II, 254 - Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione (consulibus) Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est, per quod Senatusconsultum, ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem; unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi eaedem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit (2).

**350.** 3° Il *legatum sinendi modo* era concepito in questa formola: *Heres meus damnas esto Lucium Titium Stichum servum meum sumere sibique habere* (3).

Questo legato si rappresenta come una sottospecie di *legatum per damnationem*, ma invero esso forma una specie mediana tra il *legatum per vindicationem* e quello *per damnationem*. Somiglia al primo in quanto il testatore dà facoltà al legatario di prendere od avere per sè la cosa legata, senza che ciò avvenga in un modo immediato come nel legato per vindicazione; somiglia all'altro, in quanto crea un'obbligazione dell'erede, con la semplice differenza che nel legato per *damnationem* s'impone all'erede di dare qualche cosa al legatario, mentre in questo legato s'impone all'erede di permettere che il legatario prenda per sè la cosa. In questo modo potevano essere legate cose del testatore e anche dell'erede, ed era sufficiente che tali cose si trovassero nel patrimonio dell'uno o dell'altro, anche non fosse *ex iure quiritium*, ovvero che l'uno o l'altro avessero sulla cosa legata la *possessio ad usucapionem*.

Se invece fosse stata legata in questo modo una cosa altrui la formola di tal legato non poteva giovare al legatario.

Gai, *Inst.*, II, 210-211 - Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem: nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest. — 211 - Sed si quidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris, sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit.

Se la cosa altrui fosse diventata propria dello erede dopo la morte del testatore, era questione tra i giureconsulti romani se il legato fosse valido o nullo; Gaio ci avverte che la comune opinione ai tempi suoi stava per la nullità del legato.

Gai, *Inst.*, II, 212 - Quodsi post mortem testatoris cum res heredis esse coeperit, quaeritur, an utile sit legatum: et plerique putant inutile esse, quid ergo est? licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius umquam fuerit, neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex Senatusconsulto Neroniano proinde videtur ac si per damnationem relicta esset.

**351.** 4° Il *legatum per praeceptionem* è così chiamato dalla parola *praecipito;* la formola era la seguente: *Lucius Titius hominem Stichum praecipito.* In significato più specifico questo legato indica la preferenza data ad uno dei coeredi di avere per sè in antecedenza degli altri coeredi una determinata cosa. Sul carattere di tale legato v'era questione tra i Proculeiani e i Sabiniani. Questi credevano che un tal legato dovesse valere quando fosse stato fatto in vantaggio di uno dei più eredi. I Proculeiani al contrario ritenevano fosse il legato anche valido se lasciato ad un estraneo non erede. Essi consideravano che la preposizione *prae* fosse inutile, e quindi la parola *praecipito* equivalesse a *capito*, epperciò consideravano un tal legato come quello *per vindicationem*. Tale carattere ad esso legato fu riconosciuto ancora da Adriano.

Gai, *Inst.*, II, 216, 217, 218, 221 e 222 - Per praeceptionem hoc modo legamus: *Lucius Titius hominem Stichum praecipito.* — 217 - Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus sit: praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit. — 218 - Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex Senatusconsulto Neroniano posse convalescere, nam eo, inquit, Senatusconsulto ea tantum confirmatur, quae verborum vitio iuri civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non debentur, sed Iuliano ex Sexto placuit, etiam hoc casu ex Senatusconsulto confirmari legatum; nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legetur velut per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit, quo plane casu Senatusconsulto locus non est. — 221 - Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde, ac si ita scribatur: *Titius hominem Stichum capito,* supervacuo adiecta *prae* syllaba; ideoque per vindicationem eam rem legatam videri; quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. — 222 - Secundum hanc igitur opinionem si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit, sive extraneus; et si in bonis tantum testatoris fuerit extraneo quidem ex Senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae erciscundae iudicis officio praestabitur; quodsi nullo iure fuerit testatoris, tam heredi, quam extraneo ex Senatusconsulto utile erit.

Conseguentemente i Sabiniani concepivano come unico mezzo di far valere tale legato l'*actio familiae erci-*

(1) L. 23, 26, § 1; L. 104, § 7, *de legat.* (30); L. 8, § 5; L. 9, *de legat.* (31).

(2) Vedi Arndts *in Glück*, XLVI, pag. 20.

(3) Gai, *Inst.*, II, 209.

*scundae*, mentre i Proculeiani credevano che potesse essere fatto valere con la *rei vindicatio*. Questa opinione fu confermata da un rescritto di Gordiano.

L. 12, C. *de legat.* (6, 37) - Quum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur, intelligis desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi haec sunt. Filiae mater praedium ita legavit: *praecipito sumito extra partem hereditatis;* quum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est (1).

Per entrambe le scuole era ritenuto che nel giudizio *familiae erciscundae* poteva essere assicurato tale legato anche quando le cose legate non erano nel dominio quiritario del testatore, ma semplicemente in *bonis*, principio che fu più tardi anche esteso secondo che ci avvisa Gaio.

Gai, *Inst.*, II, 220 - Unde intelligimus, nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit: nulla enim alia res, quam hereditaria, deducitur in hoc iudicium: itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex Senatusconsulto confirmabitur, aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.

In questo modo poteva esser legato *per praeceptionem* un *nomen*, una somma di danaro, ecc. (2).

Queste diverse forme di legati erano certamente rigorose di guisa che, p. e., nel *legatum per vindicationem* la validità di esso era compromessa, se la cosa legata non fosse nel dominio quiritario del testatore; però se qualche volta con la formola *do lego* fosse stata legata una cosa altrui o semplicemente in *bonis testatoris*, alla coscienza romana ripugnava rendere vano con la nullità di esso legato la volontà del testatore. A tale scopo un Senatoconsulto sotto Nerone provvide che in questo caso il legato poteva esser valido, convertendo il legato medesimo in *legatum per damnationem*.

Gai, *Inst.*, II, 197 - Sed sane hoc ita est iure civili: postea vero auctore Nerone Caesare Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut etsi eam rem quisque *do lego* legaverit, quae eius nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset: optimum autem ius est per damnationem legati; quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.

Indipendentemente dal Senatoconsulto Neroniano fu introdotto per uso un altro provvedimento ed era una clausola in fine del testamento, con la quale il testatore nella forma di legato *per damnationem* imponeva all'erede di soddisfare tutti i legati messi nel testamento.

L. 28, § 2, *de lib. leg.* (34, 3) - Titius Seio, debitori suo, ita legavit: *do lego Seio denarios decem; item dono illi quidquid sortis et usurarum nomine mihi debebat*, praeterea generaliter damnavit heredes, fideique eorum commisit, uti darent, restituerent unicuique, quidquid ei legasset; postea Seius aliam praeterea pecuniam a Titius mutuatus est; quaero, an haec quoque pecunia, quae post testamentum factum data esset Seio, legata intelligitur? Respondit, quum in praeteritum tempus verba collata proponerentur, non esse posterius credendum legatum.

In seguito di ciò si dava al legatario la scelta dell'azione per far valere un legato; cioè se p. e. la *rei vindicatio* nel caso che il legato nel corpo del testamento fosse *per vindicationem*, ovvero l'*actio ex testamento* secondo la clausola.

L. 108, § 2, *de legat.* (30) - Quum homo Titio legatus esset quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit dandi, an potius legatarii? Respondi verius dici, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii.

**352.** II. Al legato istituto di diritto civile si contrappone il fedecommesso, altro instituto analogo al legato del diritto delle genti. Esso è anche un legato senza alcuna formalità e consiste in una raccomandazione, in una preghiera fatta dal testatore all'erede alla cui fede era commesso di dare ad un terzo qualche cosa, *id fidei alicuius commissum est*. Per la qual cosa il fedecommesso si distingue dal legato innanzi tutto per la forma, perocchè mentre il legato si instituisce con espressione imperativa, il fedecommesso mantiene sempre il carattere di una preghiera o di un desiderio espresso, come p. e. *peto, volo, rogo, fideicommitto, mando, deprecor, cupio, desidero*.

Ulp., *Fragm.*, XXIV, 1 - Legatum est, quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Idem, XXV, 1 - Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur sed ex voluntate datur relinquentis.

Gai, *Inst.*, 249, 250 - Verba autem utilia fideicommissorum haec fere maxime in usu esse videntur: *peto, rogo, volo, fideicommitto*, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congestor sint. — 250 - Cum igitur scripserimus: *Lucius Titius heres esto*, possumus adicere: *rogo te, Luci Titi, petoque a te, ut, cum primum possis, hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas, restituas*, possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est, vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa (3).

Invece le espressioni *relinquo, commendo* sono inefficaci per costituire il fedecommesso.

L. 11, § 2, *de legat.* (32) - Si ita quis scripserit: *illum tibi commendo*. Divus Pius rescripsit, fideicommissum non deberi; aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare.

Il fedecommesso può esser lasciato anche col semplice cenno, purchè il cenno possa essere interpretato come espressione della determinata volontà del testatore.

Ulp., *Fragm.*, XXV, 3 - Etiam nutu relinqui posse fideicommissum usu preceptum est.

Però nelle Pandette il cenno, perchè fosse atto a stabilire un fedecommesso, si fa dipendere dalla facoltà di parlare del testatore.

L. 23, *de legat.* (32) - Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit (4).

Il fedecommesso può essere instituito naturalmente

(1) Confr. L. 75, § 1 (31).

(2) L. 4, pr. (42), *famil. erc.* (10, 2) L. 49, *de verb. sign.* (50, 16), Arndts, loc. cit. (32).

(3) § 2, *Inst.*, *de sing. reb.* (2, 24) - Paul., *Recept. sent.*, IV, 1, § 6.

(4) A ragione questo testo è stato ritenuto interpolato, quantochè i compilatori vollero aggiungere l'elemento della facoltà di parlare in omaggio all'idoneità di fare testamento, secondo la L. 10, C. *qui test. fac.* (6, 22). Vedi Cuiac. ad L. 6, § 1, *qui test. fac. poss.* (28, 1) Rec. sol. Arndts, Pauli *sent.* ad IV, 1, § 6. Idem *in Glück*, XLVI.

con scrittura, in qualunque modo e in qualunque forma o lingua, tale scrittura può essere espressamente fatta, o in qualunque luogo messa, se prima o dopo la instituzione di erede è indifferente.

Gai, *Inst.*, 269, 270, 273 - Nam bene per fideicommissum etiam ante heredis institutionem relinqui potest: cum alioquin legatum testamenti initio relictum inutile sit. — 270 - Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent fideicommissum alieni relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit. — 273 - Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint; at hic, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat quamvis testamento codicilli confirmati non sint (1).

Finalmente il fedecommesso può essere imposto tanto agli eredi testamentarii quanto ai legittimi, ed in generale a tutti coloro i quali immediatamente o mediatamente ricevono un vantaggio dalla eredità, fosse pure lo stesso fedecommissario.

Gai, *Inst.*, II, 271, 277 - Item a legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest, quia etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus. — 277 - Item quamvis non possimus post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut, cum morietur, alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat; et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: *cum Titius, heres meus, mortuus erit, volo hereditatem meam ad Publium Mevium pertinere;* utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titium heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo (2).

Quanto al carattere giuridico il fedecommesso può essere assimilato al *legatum per damnationem*, sia relativamente all'oggetto, quantochè si possono fedecommettere tutte le cose che possono essere oggetto del legato *per damnationem*, sia relativamente alla obbligazione che viene stabilita. La sola differenza è che, mentre la obbligazione nascente dal *legatum per damnationem* è un *obligatio stricti iuris*, quella invece nascente dal fedecommesso è di buona fede (3).

In sul principio il fedecommesso non produceva una vera obbligazione, ma semplicemente un obbligo morale: *et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur* (4).

**353.** La forza giuridica di tale instituto comincia da Augusto il quale diede giurisdizione *extra ordinem* su questioni di fedecommessi onde potessero essere adempiti.

§ 1, *Inst., de fideicomm. hered.* (2, 23).... Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam iurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

Claudio creò due pretori speciali chiamati perciò *praetores fideicommissarii* per decidere le questioni di fedecommessi. Tito ne stabilì uno solo; nelle provincie la giurisdizione su di ciò fu data ai governatori di esse (5).

Così i fedecommessi crearono una vera obbligazione fornita di un'azione, più il fedecommissario, come il legatario, per sicurezza del fedecommesso poteva domandare una *missio in possessionem bonorum* o di singola cosa, come dinota un titolo delle Pandette: *ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat* (36, 4).

**354.** III. Verso la fine dell'Impero avvenne la fusione dei legati e dei fedecommessi. Già fin dai tempi della giurisprudenza classica era in uso una formola con la quale si riunivano i due instituti, perchè fosse assicurata la efficacia del lascito, p. e., *quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo uti det*, ovvero *do lego darique volo, do lego fideique eorum committo uti dent* (6).

In questo modo il lascito potea farsi valere come legato e come fedecommesso secondo la convenienza dell'interessato.

Il primo passo però per la fusione delle due forme si ha da una costituzione di Costanzo e del suo socio nell'Impero.

L. 21, C. *de legat.* (6, 37) - In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit.

In una costituzione Teodosio II permise, che tanto il legato quanto la istituzione di erede potessero essere scritte in lingua greca.

L. 21, § 6, C. *de testament.* (6, 23) - Illud etiam hinc legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari.

Le differenze delle formole, delle espressioni, per cui si distinguevano le diverse forme di legati e di fedecommessi, caddero in disuso in guisa che nel caso pratico riusciva difficile di scorgere la forma precisa di un legato, e se una disposizione dovesse essere considerata come legato, o come fedecommesso. Pure non fu tolta completamente la differenza fra i due istituti, quando il testatore avesse voluto instituire un lascito sotto una vera e determinata forma di legato o di fedecommesso.

La vera confusione dei due instituti fu fatta da Giustiniano per mezzo della

L. 1, C. *Communia de legat., et fideicomm.* - Quum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel

(1) Ulp., *Fragm.*, XXV, 8, 9, 11. Pauli, *Recept. sent.*, IV, 1, § 10; § 34, *Inst., de legat.* (2, 20). Gai, *Inst.*, II, 281; L. 11, pr., *de legat.* (32).

(2) L. 1, § 6, 10, *de legat.* (32).

(3) Gai, *Inst.*, II, 280, 282, 283; L. 9, § 1, *de rebus creditis* (12,1); L. 5, § 4; L. 6, *de in lit. iur.* (12, 3); L. 108, § 12, *de legat.*, 30; Pauli, *Recept. sent.*, IV, 1, § 18.

(4) § 1, *Inst., de fideicomm. hered.* (2, 23).

(5) L. 2, § 32, *de origine iuris* (1, 2).

(6) L. 95, *de legat.* (32); L. 30, pr., § 4, *de adim. legat.* (34, 4); L. 31, § 4, *de libert. leg.* (34, 3); L. 36, pr., *de cond. et demon.* (35, 1).

per quodcunque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Quum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit, dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet, ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue quum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata Et haec disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Quum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.

In questa costituzione Giustiniano stabilisce, che ogni legato fondasse un'*actio personalis*, e ciò anche per lo stato del diritto vigente ai suoi tempi, quantochè secondo il Senatoconsulto Neroniano il *legatum per vindicationem* poteva anche farsi valere come *legatum per damnationem*. Solo si fece eccezione per il caso che si fosse legata una cosa propria del testatore, perchè il legatario poteva in tal caso esercitare la *rei vindicatio*. Inoltre diede efficacia ad ogni lascito senza badare alla forma in cui era stato fatto (1).

È ancora controverso, se Giustiniano con la costituzione più su riprodotta abbia veramente e completamente fuso i due istituti, legato e fedecommesso. Questa controversia sorgeva per una differenza d'espressioni tra il testo citato e le Istituzioni.

In effetto la L. 1, C. citata dice: *rectius esse censemus... omnibus tam legatariis tam fideicommissariis unam naturam imponere;* mentre nel § 2, *Int. de legat.* (2, 20) lo stesso legislatore così si esprime: *Nostra autem constitutio... disposuit, ut omnibus legatis una sit natura*, senza nominare i fedecommessi. E nel § 3 *ibid.*, dove parla della equiparazione dei legati e dei fedecommessi, fa precedere questa considerazione: *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus.*

Per la qual cosa alcuni credono, che per mezzo della L. 1, C. innanzi prodotta, la fusione dei due instituti non sia completamente avvenuta (2); altri in contrario stimano, che tale fusione con quella costituzione sia completamente avvenuta (3).

Il vero è, che Giustiniano, nella L. 1, si propose la fusione dei due instituti, ma senza che questa fosse stata concretamente stabilita in modo da imporre legislativamente ai Magistrati una precisa regola relativamente a tale fusione. Ecco la ragione perchè egli fu obbligato ad emanare una seconda costituzione affine di togliere sul proposito ogni dubbio d'interpretazione.

L. 2, C., *h. t.* - Omne verbum, significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, quale est *iubeo* forte, sive precariis utetur testator, quale est *rogo*, *volo*, *mando*, *fideicommitto*. sive iuramentum interposuerit, quum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente ἐνόρκως, partibus autem huiusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis, et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accomodetur, et sit omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, et secundum eius dirimatur naturam. Et nemo moriens putet, suam legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adiutorio, et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur; et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis, vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus (4).

In forza di questa fusione anche pei fedecommessi è stabilita un'*actio ex testamento* e una *rei vindicatio* nel caso di fedecommesso di una cosa speciale, propria del testatore.

### § 94. — *Del prelegato.*

BIBLIOGRAFIA.

Pfeiffer, *De praelegatis*, Marburg 1798. — Von den Pforten, *De praelegatis*, Erlangen 1832. — Nieto, *De praeleg.* (*Meermann Thes.*, VII, 643). — Hert, *De praeleg.* (opusc., III, 15). — Buchholtz, *Die Lehre von den Prälegaten*, Iena 1850. — Degenkolb, *De legato, quod fiebat per praeceptionem*, Berol. 1855. — Vangerow, *Archiv. f. civil. Praxis*, XXXV, pag. 200. — Rosshirt, *Ver.*, I, pag. 250. — Vangerow, *Pand*, II, § 523. — Arndts *in Rechtslexicon legat.*, VI, pag. 288. — Tewes, II, § 84. — Arndts *in Glück*, XLVII, pag. 1, ss. — Serafini, *Arch. giuridico*, VII, pag. 182.

355. Nozione del prelegato. — 356. Natura speciale di esso. — 357. Applicazioni del principio *heredi a semetipso inutiliter legatur*, se si accetta la eredità. — 358. Se non si addiviene erede.

**355.** Il testatore può ordinare un legato a carico di uno degli eredi e in favore di un altro coerede. Un simile legato nell'antico diritto poteva essere istituito sotto la forma di legato *per damnationem* come p. e.: *Titius et Seius heredes sunto; Titius Stichum servum suum Seio dare damnas esto;* ovvero sotto la forma di fedecommesso: *Titium ut Stichum servum Seio det rogo.* Nella legislazione Giustinianea, sparite le forme, un simile legato poteva essere istituito come ogni legato ordinario, secondo lo attesta una costituzione di Diocleziano a Massimiano.

L. 17, C. *ad leg. Falcid.* (6, 50) - A coheredibus relicta

(1) Se questa *rei vindicatio* sia una *directa* o una *utilis rei vindicatio* è controverso. Però è da convenire che, secondo lo spirito della L. 1 citata, essa dev'essere considerata come *directa* e non quale un mezzo di assicurare il legato. Vedi Arndts *in Glück*, XLVI, pag. 59, ss.; *in contr.* Marezoll, op. cit., pag. 290, ss.

(2) Marezoll, op. cit., pag. 255. Rosshirt, *Vermäch*, I, § 7, 8.

(3) Schirmer, op. cit., pag. 122, nota 46.

(4) Vedi § 3, *Inst., de legat.* (2, 20). Arndts, loc. cit., pag. 70.

legata, quatenus modus legi Falcidiae praestitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est.

Però esso non ha nulla di speciale, meno che è istituito in favore di uno dei coeredi e perciò può esser fatto valere nel giudizio *familiae erciscundae*.

L. 17, § 2, *de leg.* (30) - Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae erciscundae, manifestum est; sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat.

Se invece il testatore istituisce un legato in favore di uno dei coeredi, imponendolo o a tutta la eredità, o, che vale lo stesso, a tutti gli eredi complessivamente nominati, allora si ha il prelegato, il quale è retto dai seguenti principii.

**356.** Essendo il prelegato imposto a tutta la eredità, è evidente che anche il prelegatario, essendo uno degli eredi, deve, in proporzione della sua parte, sopportare l'onere in favore di sè medesimo. Ma poichè è regola generale che *heredi a semetipso inutiliter legatur*, la parte, che il prelegatario deve a sè stesso, è nulla, e perciò essa non diminuisce la sua porzione ereditaria e quindi resta presso di lui *titulo universali* e non *titulo particulari*, onde il prelegato si riduce alle parti che gravano gli altri coeredi.

L. 116, § 1, *de leg.* (30) - Heredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt (1).

L'applicazione di questo principio mena alle seguenti conseguenze, secondo che l'erede prelegatario accetta o non la eredità.

**357.** I. Nel primo caso si ha:

1° Se il prelegatario è solo nel prelegato, quella parte del prelegato, nulla secondo il principio anzi esposto, rimane presso lui non come legato, ma *titulo universali*.

L. 76, § 1, *ad leg. Falc.* (35, 2) - Qua ratione placuit, legata, quae legatarii non capiunt, quum apud heredes subsederint, hereditario iure apud eos remanere intelligi, et ideo quadranti imputanda; nec quidquam interesse, utrum statim ab initio legatum non sit, an quod legatum est, remanserit.

L. 18, § 2, *de his quae ut ind.* (34, 9) - Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat; quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi; neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis (2).

Dalla regola fondamentale che il prelegatario acquista *iure universali* la parte che dovrebbe dare a sè medesimo, nascono le seguenti conseguenze:

*a)* L'erede prelegatario deve imputare nella quarta Falcidia o Trebellianica la parte del prelegato che grava sulla sua porzione, mentre le parti che gravano le porzioni degli altri coeredi *supra quartam habet*.

L. 91, *ad leg. Falc.* (35, 2) - In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam hae in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel deducere, vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur, pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut Divus Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est; si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse; et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur (3).

*b)* Quando al prelegatario è imposta la restituzione della sua porzione ereditaria, egli è obbligato a restituire anche la porzione del prelegato che dovrebbe a sè stesso.

L. 18, § 3, *ad SC. Trebell.* (36, 1) - Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere quod a coherede accepit; ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit.

*c)* Se all'erede prelegatario è imposta la restituzione di tutta la eredità, entra nel fedecommesso l'intero prelegato; lo stesso avviene se il testatore gli abbia imposto espressamente di restituire anche il prelegato.

L. 3, § 4, *ad SC. Trebell.* (36, 1) - Quidam liberis suis ex disparibus partibus istitutis, datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere. Imperator noster rescripsit, praeceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem, in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse (4).

2° Se invece vi sono altri collegatarii congiunti, la massima *a semetipso inutiliter legatur* non è applicabile, e quindi la porzione del prelegatario non rimane presso di lui *titulo universali*, ma si accresce al collegatario. Ammesso p. e. che Tizio sia istituito insieme con Caio, uno per un quarto e l'altro per tre quarti e nel medesimo tempo è stabilito per entrambi un prelegato, per la soddisfazione di esso prelegato Tizio deve contribuire per un quarto, Caio per tre quarti; il quarto di Tizio dovrebbe essere diviso ugualmente tra lui e Caio, cioè un ottavo, per ognuno. Caio può acquistare quest'ottavo *iure legati* mentre Tizio non può acquistare l'altro ottavo perchè dovuto a sè medesimo; però esso si accresce al suo collegatario Caio, il quale acquista così tutto il quarto. Similmente avviene da parte dell'altro collegatario: dei tre quarti, che Caio dovrebbe dare come sua porzione del prelegato, la metà dovrebbe essere divisa tra lui e Tizio; questi acquisterebbe la metà di questi tre quarti *iure legati* e l'altra metà per diritto di accrescimento. Su questo modo tutto il legato è valido e nessuna parte di esso è *inutiliter relictum*.

3° Quando un prelegato è rilasciato ad un erede e nel medesimo tempo ad uno o più estranei, si ha che la

(1) L. 18, 34, § 11, *de legat.* (30); L. 34, § 1, *de legat.* (31); L. 18, § 2, *de his quae ut ind.* (34, 9); Gai, *Inst.*, II, 245; Ulp., *Fragm.*, XXIV, 22; Fragm. Vat., § 88.

(2) L. 74, *ad leg. Falc.* (35, 2); L. 1, § 6, *quod legat.* (43, 3).

(3) L. 74, 86, *ad. leg. Falc.* (35, 2); L. 21, C. *famil. ercisc.* (3, 36).

(4) L. 6, C. *de fideicom.* (4, 42); L. 38, § 8; L. 39, § 2, *de legat.* (32); L. 31, § *de adimp. vel transf. leg.*

parte del prelegato, che il prelegatario dovrebbe pagare a sè stesso, si accresce a porzioni eguali agli altri collegatarii.

L. 34, § 11, *de leg.* (30) - Si duobus sint legata, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

4° Quando vi sono più eredi istituiti e a tutti è rilasciato un prelegato, anche qui come nell'altro caso, ciò che è messo a carico di uno si accresce agli altri. Questo punto però non è generalmente accettato dagli interpreti, quantochè da qualcuno si ritiene che in tal caso non si dà luogo al diritto di accrescimento, ma bensì il prelegato dev'essere ugualmente diviso tra i coeredi, e ciò per le

LL. 104, § 5, *de legat.* (30) e 34, § 1, *de usu et usufr. leg.* (33, 2) - Denique constitit, quum ita legatum fuisset: *quisquis mihi heres erit damnas esto heredi meo decem dare*, exaequari omnium heredum partes, eo quod unusquisque et sibi et coheredi suo dare damnatus videtur - 34. Qui Semproniam ex parte decima, et Maeviam ex parte decima, alumnum ex reliquis partibus instituerat heredes, curatorem alumno dedit, quum iure facere putaret; et curatores fideicommisit ne pateretur fundum venire, sed cum Sempronia et Maevia, nutricibus suis, frueretur reditu eius; et ima parte testamenti ita adiecit: *omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo;* quaesitum est, an tertias partes ususfructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint, quamvis curator ei receptus sit, quum iure dare non poterit alumno. Respondit: Secundum ea, quae proponerentur, utiliter fideicommisso voluntatem suam confirmasse, id igitur cuique dedisse, ut et nutrices una cum alumno reditu fundi uterentur (1).

Questa opinione non ha trovato seguito. È vero che a primo aspetto le due leggi trascritte sembrano favorire la opinione medesima, però bisogna considerare che quei due testi suppongono casi pei quali è escluso il diritto di accrescimento. Ed in effetto nel primo testo si considera un legato *per damnationem* e nel secondo un fedecommesso, e nelle due specie di legati non vi erano collegatarii *coniuncti*, perchè *damnatio semper partes facit* (2).

**358.** II. Se il prelegatario non addiviene erede, bisogna osservare:

1) S'egli ripudia la eredità, allora addiviene legatario semplice come se dal principio egli fosse stato onorato di un legato.

L. 12, C. *de legat.* (6, 37) - Quum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, praeciptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaratur, intelligis, desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi haec sunt. Filiae mater praedium ita legavit: *praecipito sumito extra partem hereditatis;* quum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est (3).

Questa regola soffre eccezione nel caso che il prelegato sia stato lasciato con la condizione che il prelegatario dovesse accettare l'eredità.

L. 88, *de leg.* (30) - Sed si non alias voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat, quum ipsi filio non videretur esse solvendo hereditas; et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime approbetur (4).

2) Se il prelegatario muore prima di accettare la eredità, gli eredi di lui non ricevono tutto il prelegato, anche quando egli sia stato il solo legatario, e muoia *post diem legati cedentem*. La parte del prelegato, che il prelegatario avrebbe dovuto dare a sè medesimo, è validamente a lui rilasciata solo sotto la condizione ch'egli non divenga erede. S'egli dunque ripudia la eredità, si avvera con ciò l'avvenimento della condizione; se invece egli muore, la condizione si considera come deficiente, e perciò gli eredi del prelegatario non hanno alcun diritto su questa parte del prelegato.

L. 75, § 1, *de leg.* (31) - Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae; post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad herodes eius transmitti.

3) Quando il prelegatario acquista la eredità, ma alla fine non lucra niente, come quando la quota ereditaria gli vien tolta per indegnità, o quando si astiene come *suus* dalla eredità paterna, o quando contro l'acquisto un erede estraneo si fa restituire in intiero, egli ha diritto a tutto il prelegato (5).

### Forma d'istituzione dei legati.

#### § 95. — *Dei codicilli.*

BIBLIOGRAFIA.

T. Inst., *De Codicillis* (2, 25); T. D., *De iure codicillorum* (29. 7); T. C., *De Codicillis* (6, 36).

Danz, *De externa codicillorum forma comment.*, Lips. 1835. — Idem, *Zeitschrift f. Civilr. u. Process.*, IX. — N. F. Löhr, *Codicill. des Blinden*, *Archiv. f. civil. Praxis*, II, L. 14. — Idem, *Ueber const.* 8, § 3, C. (6, 36). — Fein, *In Glück*, XLIV-XLV. — Rivier, § 59. — Mayer, § 18, ss. — Maynz, § 417. — Arndts, *Rechtslexicon Codicill.*, II, pag. 670. — Idem, *Ibid.*, VI, pag. 290. — Tewes, II, § 85.

359. — Nozione del codicillo. — 360. Specie di codicilli, testamentari, *ab intestato*, confirmati, non confirmati. — 361. Forme dei codicilli, del codicillo orale. — 362. Codicilli straordinari. — 363. Altre regole riguardanti i codicilli, e differenze coi testamenti.

**359.** Il legato può ordinarsi o col testamento ovvero col codicillo.

Il codicillo è il modo più diretto di ordinare i legati. Esso consiste in una dichiarazione di ultima volontà meno solenne, quantochè non può contenere quello che forma la condizione essenziale per la esistenza del testamento, la istituzione di erede, e la diseredazione.

Gai, *Inst.*, II, 273 - Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint, at hic, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.

§ 2, *Inst.*, *de codicill.* (2, 25) - Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest; nam per fideicommissum hereditas codicillis iure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adiicere, neque substituere directo potest (6).

(1) Buchholtz, op. c.

(2) Vangerow, *Archiv f. civil. Praxis*, XXXV, pag. 898.

(3) L. 17, § 2; L. 18; L. 91, § 2, *de legat.* (30).

(4) L. 7, § 14; L. 55, § 3, *ad SC. Trebell.* (36, 1).

(5) L. 12 e 18, § 2, *de his quae ut indig.* (34, 9); L. 87, 89, *de leg.* (30).

(6) L. 10, *de iur. cod.* (29, 7); L. 76, *ad SC. Trebell.* (36, 1); L. 14, C. *de test.* (6, 23); L. 7, C. *de cod.* (6, 36); L. 5, § 1, C. *de necess. serv.*

Per questo carattere poco solenne del codicillo non si potrà ivi apporre una condizione ad una istituzione di erede fatta nel testamento; non si potrà sostituire nè convalidare una invalida istituzione; senonchè la conferma di una istituzione non valida e la sostituzione pupillare fatta per codicillo valgono come fedecommesso.

L. 6, pr., *de iur. cod.* (29, 7) - Divi Severus et Antoninus rescripserunt, nihil egisse matrem, quae, quum pure liberos suos heredes instituerit, conditionem emancipationis codicillis adiecit, quia neque conditionem heredi instituto codicillis adiicere, neque substituere directo potest.

L. 2, § 4, *eod.* - Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidiae.

Parimente la nomina di un erede per codicillo è valida, quando il testatore se ne riserbava il diritto nel testamento.

L. 10, *de cond. inst.* (28, 7)....... - Proinde et si ita scripserit; *cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto*, pari ratione dicendum erit, institutionem valere nullo iure impediente.

Dall'altra parte vi è un'altra eccezione alla regola, che una eredità non possa essere tolta col codicillo, e ciò avviene quando il testatore dichiara in un codicillo che l'erede istituito in un testamento sia indegno, la porzione di quell'erede è devoluta al fisco.

L. 4, C. *de his quae ut indignis* (6, 35) - Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat merito eius portio; non iure ad alium translata, fisco vindicata est. Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt.

**360.** Vi sono due specie principali di codicilli. Essi sono o testamentarii o *ab intestato*.

I testamentarii sono quei codicilli i quali sono fatti mentre esiste un testamento, indipendentemente se fatti prima o dopo il testamento medesimo.

Di questi ve ne sono due specie:

1) Confirmati, e sono quando essi codicilli sono espressamente menzionati nel testamento, sia che fossero confermati in *praeteritum*, sia che lo fossero in *futurum*.

L. 8, pr., *h. t.* - Conficientur codicilli quatuor modis. Aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommissum, testamento facto, aut sine testamento (1).

2) Non confirmati, cioè quando non sono menzionati nel testamento.

I codicilli sono *ab intestato* quando non vi ha testamento. In tal caso la *delatio hereditatis* è *ab intestato;* e sono gli eredi legittimi incaricati implicitamente alla soddisfazione dei legati e fedecommessi contenuti nel codicillo. È perciò indifferente se l'erede legittimo esistente alla morte del defunto sia quello stesso che era più prossimo al tempo della confezione del codicillo ovvero no, se tale erede fosse nato o no all'epoca della fazione del codicillo.

L. 16, *h. t.* (29, 7) - Ab intestato factis codicillis, relicta etiam postea natus intestati successor debebit. Quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli, nam unus casus est, nec interest, qui succedit, dum intestato succedat; ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli. Et ut manifestius dicam, intestato paterfamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto ius sequuntur eius.

Se il testatore ha nello stesso codicillo gravato determinate persone, solamente queste vi sono obbligate.

L. 61, § 1, *de leg.* (31) - Iulianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, quum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum fideicommissa praestare, portionem enim ad coheredem sine onere pertinere: sed post Rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem (2).

I codicilli testamentarii hanno una natura accessoria, quantochè hanno il fondamento della loro esistenza nel testamento, e quindi se il testamento è nullo, si annulla nel medesimo tempo il codicillo.

L. 3, § 2, *h. t.* (29, 6) - Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit.

In questi codicilli, come conseguenza della loro natura, specialmente se confirmati, tutte le disposizioni che vi sono ordinate s'intendono come fatte nello stesso testamento.

L. 2, § 2, *h. t.* - Codicillorum ius singolare est, ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.

E perciò nei codicilli confirmati possono ordinarsi legati, libertà testamentarie, la tutela senza bisogno di conferma (3).

I codicilli non confirmati possono contenere semplicemente fedecommessi.

Una tutela che vi fosse ordinata richiederebbe una conferma giudiziale per essere valida.

Il codicillo *ab intestato* invece sta da sè e quindi ha una natura indipendente.

**361.** Quanto alla forma, i codicilli dal principio, al tempo di Augusto, erano ordinati in una lettera senza alcuna formalità, lo potevano essere ancora con una preghiera o raccomandazione fatta a voce. Quando poi i fedecommessi cominciarono a prendere forma giuridica, si sentì la necessità di dare ad esse una forma legale. Costantino richiese l'intervento di sette o cinque testimoni per la validità dei codicilli *ab intestato* (4). Teodosio II stabilì essere necessario l'intervento di cinque testimoni (5).

Nella legislazione Giustinianea i codicilli si distinguono:

In codicilli ordinarii, che possono essere o scritti o nuncupativi. Vi abbisogna per la loro validità dell'intervento di cinque testimoni. È necessario procedere come nella erezione del testamento, con la sola differenza che nel codicillo scritto i testimoni devono solo sottoscrivere senza bisogno di apporre i loro segni.

L. 8, § 3, C. *h. t.* (6, 36) - In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in

(1) L. 6, C. *h. t.* (6, 36). Ulp., *Fragm.*, xxv, § 8, 11.

(2) L. 1, § 9, *de leg.* (32); L. 49, *de leg.* (31).

(3) § 10, *Inst.*, *de fideicom. hered.* (2. 23); L. 43, *de manumiss. test.* (40, 4); L. 3, pr., *de testament. tut.* (26, 2). Gai, *Inst.*, ii, 270. Ulp., *Fragm.*, xxv, 8.

(4) L. 1, C. Theod. (4).

(5) L. 7, § 2, C. Theod. (4, 4).

scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accomodantibus.

I fedecommessi orali si hanno quando il testatore istituisce un fedecommesso, imponendolo personalmente all'onerato o verbalmente, ovvero con scritto dato personalmente senza intermediarii. Ciò si ricava dalla

L. 32, C. *de fideicom.* (6, 42) - Quaestionem ex facto emergentem resecantes, et voluntatem mortuorum prospicientes, sancimus, si sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto, fideicommissarius elegerit heredis iuramentum, vel forsitan legatarii, vel fidecommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis, sive speciale, necesse habere heredem, vel legatarium, vel fideicommissarium, prius iureiurando de calumnia praestito, vel sacramentum subire et omni inquietudine sese relaxare vel, si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subiacere, et eum ad satisfactionem compelli, quum ipse sibi iudex et testis invenitur, cuius religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis. Sed sive quinque sint testes, vel minores, vel nemo, causam per illius sacramentum, vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem, sive pater sit, qui fideicommissum dederit, sive extraneus, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat. Quum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc ei numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? quum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt, et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime parverint.

§ 12, *Inst.*, *de fideicom.* (2, 23) - Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, et ideo Divus Augustus ad necessitatem iuris ea detraxit, nuper et nos, eundem principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus, vir excelsus, quaestor sacri palatii, suggessit, costitutionem fecimus, per quam disposuimus; si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit, tunc, sive pater heredis, sive alius quicunque sit, qui fidem heredis elegerit et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius iusiurandum ei detulerit, quum prius ipse de calumnia iuraverit, necesse eum habere, vel iusiurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi, vel universitatis, vel specialis solutionem coartari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem a se aliquid relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat omnimodo cogendus est solvere.

Il risultato di questi due testi rileva questo anomalo istituto giustinianeo, cioè il cosidetto orale fedecommesso, che invero è il *fideicommissum heredi praesenti iniunctum*. Quando qualcuno pretende la soddisfazione di un legato, bisogna che egli poggia questa sua pretesa sopra un atto di ultima volontà, sia testamento, sia codicillo. Se questo manca, il legatario o il fidecommissario ha la facoltà di deferire il giuramento al gravato, il quale si trova nell'alternativa o di giurare che il testatore non gli abbia imposto l'obbligo del fedecommesso, ovvero se non fa ciò, resta obbligato a soddisfare il fedecommesso, senza che egli possa opporre la eccezione della mancanza di ogni atto di ultima volontà. L'erede potrà all'incontro domandare dal legatario giuramento di calunnia.

Da alcuni si è creduto che questo fedecommesso sia da ammettersi solo quando il testatore si fosse espresso verbalmente all'erede, d'onde poi si è dato a questo istituto il nome di fedecommesso orale (1).

Oggi però è comunemente riconosciuto, che il testatore può aver dato un tale incarico all'erede sia verbalmente sia per mezzo di lettera senza alcuna formalità. Solo è necessario che il testatore abbia veramente espressa la sua volontà all'erede, indifferentemente se verbalmente o se per iscritto, purchè ciò sia fatto direttamente; perocchè se una scheda senza alcuna formalità ordina un fedecommesso, perchè non è fatta direttamente, l'erede non avrebbe nessun obbligo di riconoscerla. Le parole della legge che precedono immediatamente la disposizione Giustinianea, cioè che il fedecommesso debba essere rilasciato *sine scriptura et praesentia testium*, ovvero come si ripete nelle istituzioni, *si neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero possis res manifestari*, non hanno il significato che la comunicazione del testatore verbale debba essere una conseguenza necessaria di tale fedecommesso, sibbene si vuole con quelle parole intendere che il provvedimento giustinianeo abbia luogo quando manchi un codicillo legale, cioè una scrittura fatta innanzi a cinque testimoni (2).

**362.** Oltre a ciò vi sono anche forme di codicilli straordinarii nei seguenti casi:

*a)* Un cieco non può ordinare un legato o fedecommesso nella forma di codicillo con cinque testimoni, ma vi abbisogna della forma del testamento (3).

*b)* Un provvedimento codicillare in favore dei discendenti può esser preso con una scrittura sottoscritta dal testatore e dai discendenti interessati (4).

*c)* Il soldato può ordinare codicilli nella stessa forma privilegiata come i testamenti.

**363.** Il testamento vien rotto con la erezione di un secondo, mentre il codicillo può essere revocato *nuda voluntate*.

Il testatore può lasciare molti codicilli e valere tutti nel medesimo tempo.

L. 6, § 1, *de iure codicilli* (29, 7) - Codicillos et plures quis facere potest et ipsius manu neque scribi, neque signari necesse est (5).

Quando dopo un codicillo è fatto un testamento, il dubbio che il codicillo possa rimanere nella sua validità dovrà esser tolto per mezzo di una *confirmatio*, ciò che fu tolto da un rescritto di Giustiniano.

L. 5, *h. t.* (29, 7) - Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocunque m-

(1) Thibaut Syst., § 931. Mülhenbruch, *Doct. Pand.*, § 730.

(2) Vangerow, II, § 528, Not. Vedi anche Arndts, *Rechtslexicon*, VII, pag. 992.

(3) L. 8, C. *qui test. facere poss.* (6, 22).

(4) Nov. 18, cap. 7; Nov. 107, cap. 3.

(5) § 3, *Inst.*, *de codicillis* (2, 25).

dicio retineatur; sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime iudicavit.

Un testamento nullo colla forma del codicillo, per sè non vale come codicillo, menochè ciò non fosse stato espressamente dichiarato dal testatore con una clausola.

## § 96. — *Della clausola codicillare.*

**Bibliografia.**

Stryk, *De clausola codicillari*, Francof. 1670. — Hellfeld, *De effectu claus. codic. test. quod rumpitur adiectae* (in opusc. et dis. iur. civ., nr. VIII). — Sickel (Einert, *De vi clausulae codicillaris in test. nullo*), Lips. 1829. — Heisler, *Von der Wirk der stillschw. Codicillar clausel* (*iurist. Abhandl.*, I). — Degener, *Zeitschrift f. Civilr. u. Process.*, VIII, n. 13. — Romer, *Archiv. f. Civil. Praxis*, XXXVI, nr. 2. — Fein, *In Glück*, XLV, pag. 181. — Rosshirt, *Vermächt*, I, pag. 45. — Vangerow, II, § 527. — Arndts, *Rechtslexicon*, VI, pag. 293. — Tewes, II, § 86. — Windscheid, § 631.

364. Nozione della clausola codicillare. — 365. La clausola codicillare dev'essere espressa, interpretazione delle 3 *de test milit.* — 366. Conversione di un testamento nullo in codicillo, conseguenze. — 367. *Quid* se il vizio del testamento riflette la eredità necessaria materiale e formale, controversia.

**364.** Una disposizione di ultima volontà, inefficace come testamento, può valere come codicillo, purchè il testatore l'avesse espressamente determinata, e che il testamento avesse tutti i requisiti di un codicillo. La volontà di far valere il proprio testamento come codicillo è detta *clausola codicillaris*.

L. 88, § 17, *de legat.* (31) - *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam; et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*; deinde heredes instituit; quaesitum est, intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, posse (1).

**365.** La clausola codicillare dev'essere espressamente dichiarata dal testatore, essa non può essere sottintesa come pretenderebbe qualche interprete (2).

Una tale affermazione non è giustificata nè dai principii generali, nè dalle regole speciali relative alla clausola (3).

Il fondamento di questa opinione è la

L. 3, *de test. milit.* (29, 1) - Si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diversum probet? neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia. Sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, quum testamenti faciunt per scripturam, adiicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere; nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse; nam secundum nostram sententiam etiam Divus Marcus rescripsit.

In questo testo, Ulpiano pone questa questione: un soldato avendo la intenzione di fare un testamento secondo il diritto comune, fa un testamento nullo, si domanda se questo testamento possa valere almeno come testamento militare.

È riconosciuto che il testamento militare vale per la sola volontà del testatore, essendo un testamento privilegiato, quindi Ulpiano risolse la questione affermativamente, e per addurre una prova che in un simile testamento non manca la volontà del testatore, porta l'argomento che quel testamento del milite debba valere ad ogni modo, perchè anche presso la pratica romana nella maggior parte dei testamenti viene aggiunta la clausola codicillare, la quale spiega la tendenza dei testatori di far valere la loro ultima volontà in un modo qualunque.

Ora dall'argomento di Ulpiano non si può in nessun modo ricavare una regola generale per ammettere una tacita clausola codicillare, essendo un argomento indiretto per dimostrare la validità di un testamento nullo come testamento militare, e più Ulpiano stesso parla di clausola *aggiunta*, la quale farebbe prova della volontà del testatore di far valere il testamento in modo qualunque (4).

**366.** La clausola codicillare adunque converte un testamento nullo in un valido codicillo.

Come conseguenza di questo principio si ha che:

1°) L'istituzione di erede e la diseredazione sono come tali nulle. Però la istituzione di erede vale come fedecommesso universale, dipendente dall'erede *ab intestato* in qualità di fiduciario.

2°) Ogni altro contenuto del testamento in quanto possa essere ordinato nel codicillo come legati, tutela testamentaria, ecc., rimane nella piena validità.

Chiunque sia stato istituito in un testamento simile, munito di clausola codicillare, ha il diritto di scegliere per far valere le sue ragioni, o la qualità di erede istituito, accettando il testamento, o quella di fedecommissario ricorrendo alla clausola codicillare. Però dopo di aver scelto una di queste vie non può ricorrere all'altra, salvo se si tratti di ascendenti e discendenti.

L. 8, pr., § 1, 2, C. *de codicill.* (6, 36) - Si quis agere ex testamento, quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur. Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus: si testator faciens testamentum in eodem, pro codicillis etiam id valere complexus sit, qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet. — § 1. Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, intestatus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere; illo iure electionis videlicet perdurante, ut, qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit. — § 2. Si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit vel nuncu-

(1) L. 29, § 1, *qui test. fac. poss.* (28, 1); L. 8, § 1, C. *de codic.* (6, 36). Confr., L. 1, 13, § 1, *de iur. cod.* (20, 7); L. 41, § 3, *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6).

(2) Alef, *De otio clausulae codicillaris in quovis testamento*, Heidelb. 1750.

(3) L. 41, § 3, *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6); L. 29, *qui test. fac. poss.* (29, 1); L. 1, L. 13, § 1, *h. t.* (29, 7); L. 11, § 1, *de leg.* (32); L. 8, § 1, C. *h. t.* (6, 36); L. 29, C. *de fideicomm.* (6, 42); L. 11, C. *de test. manomiss.* (7, 1).

(4) Vangerow, II, § 527.

patus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere, licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit forte superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare. Non enim par eademque ratio videtur, amittere debita, et lucro non capere.

**367.** Quanto a sapere quali vizii del testamento possono essere sanati con clausola codicillare è innanzi tutto da ritenere il principio fondamentale che il testamento, munito di clausola codicillare, deve considerarsi come codicillo *ab intestato*, anche quando il testatore abbia avuto la intenzione di fare un testamento.

Quindi sono da esaminare le possibili diverse mancanze del testamento, perchè si possa giudicare se l'erede possa efficacemente far valere la clausola codicillare.

1) Se nel testamento il vizio riguarda il diritto di eredità necessaria, bisogna distinguere se tale vizio riguardi la sola porzione legittima, ovvero la preterizione di un *suus heres*.

*a*) Se il testamento, munito di clausola codicillare, viola il diritto necessario materiale di qualche erede avente diritto alla porzione legittima, e quindi è inofficioso, si crede da molti interpreti, che in tal caso non si possa ricorrere alla clausola codicillare, e si allega a sostegno di tale opinione la

L. 13, *de inofficioso testamento*, e la L. 36, *de legat.* (32).

La prima così si esprime:

Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit, eodem testamento ita cavit: *Ea omnia, quae supra dari fieri iussi ea dari fieri volo ab omni herede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam iure intestato. Item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque fidei eius committo;* quaesitum est, si soror centumvirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur? Respondi, si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit, respondi: posse. Paulus notat; probat autem, nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.

E la seconda

Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse; ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.

In entrambi questi testi è detto che quando un testamento è rescisso colla querela *inofficiosi testamenti*, l'attore vincitore nella lite non ha l'obbligo di pagare i legati e fedecommessi ordinati in esso testamento, perchè il testamento è considerato nullo *propter colorem insaniae*. Quindi si fa questo ragionamento: chi vince la lite nella querela *inofficiosi testamenti* ha la porzione intestata, considerandosi nullo il testamento, e quindi non è obbligato a pagare i legati neppure con la clausola codicillare, stantechè, essendovi la presunzione della demenza, il demente non può fare neppure un codicillo *ab intestato* (1).

Questo ragionamento però ci pare più apparente che vero; epperò accediamo volentieri alla opinione del Vangerow. E di vero la opinione del Fein o della maggioranza degli interpreti è esatta quando il testamento viene rescisso con la querela *inofficiosi testamenti;* perocchè in questo giudizio decenvirale si crea la presunzione del *color insaniae* e quindi la nullità del testamento e di qualunque altra disposizione accessoria. Invece, messa la questione in termini diversi, la soluzione dovrà riuscire anche diversa. In effetto se un individuo avesse fatto fin dal principio un codicillo *ab intestato* e avesse ordinato in esso dei fedecommessi in guisa che nulla rimanga all'erede intestato legittimario, tali disposizioni non sono nulle, perchè esso legittimario trova la sua porzione legittima nella quarta Trebelliana o Falcidia; in tal caso non si può fondare la presunzione del *color insaniae*. Ora se l'erede testamentario in un testamento simile ricorre alla clausola codicillare, e perciò si deve ritenere come se il testatore avesse voluto fin dal principio fare non un testamento ma un codicillo *ab intestato*, non si vede perchè in questo caso, mancando il testamento inofficioso e quindi il *color insaniae*, non debbano essere considerati validi i legati ed i fedecommessi, come sarebbero validi certamente se fossero stati veramente ordinati in un codicillo *ab intestato* (2).

*b*) Quando il testamento, munito di clausola codicillare, viola un diritto di eredità necessaria formale, per esempio, se è preterito un *suus heres*, ovvero se il testamento è rotto per la nascita di un postumo, la maggior parte degli interpreti ritiene la validità della clausola codicillare tanto prima quanto dopo la Nov. 115 (3).

Il fondamento di questa comune opinione è sempre lo stesso, cioè che quando l'erede istituito ricorre alla clausola codicillare, bisogna considerare che vi esiste solo un codicillo *ab intestato*, e non un testamento; e quindi non è il caso nè di *suus heres* dimenticato, nè del postumo, i quali, tolto il testamento, nulla è violato nei loro diritti, essendo essi eredi intestati.

Per la qual cosa ha poco fondamento la opinione del Mühlenbruch, il quale afferma che la formale istituzione o diseredazione è riconosciuta tanto nell'antico che nel nuovo diritto giustinianeo. Epperciò per mezzo di un codicillo, non si può nè istituire, nè diseredare un erede necessario, onde un effetto, che non si può raggiungere per mezzo di codicillo, non è possibile averlo con la clausola codicillare (4).

La preterizione e la rottura del testamento suppongono un vero testamento; ora se questo deve reputarsi come non esistente dal momento che si ricorre alla clausola codicillare, è evidente che non si può far parola nè di preterizione nè di rottura del testamento.

Nella

L. 24, § 11, *de fideicom. libert.* (40, 5) - Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, si quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit, satis constat.

Pare indubitato che le parole *quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit* accennano ad una clausola codicillare, e perciò affermano la validità di essa anche nel caso di un testamento *ruptum agnatione postumae*. Al contrario Mühlenbruch crede che in quel testo Ulpiano accenni ad un fedecommesso istituito fin dal principio in un codicillo intestato, mentre è evidente che lì si parla di una manomissione testamentaria ordinata in un testamento rotto e dice che questa manomissione dovrebbe essere nulla, me-

(1) Fein *in Gluck*, XVI, pag. 38, ss.
(2) Mühlenbruch *in Glück*, LVII, p. 208. Puchta, *Pand.*, § 434.
(3) Vangerow, II, § 527, not. 2 *a*.

(4) Francke, *Recht der Notherben*, § 33. Rosshirt, *Verm.*, I, pag. 48, 54. Sintenis, pr., *Civilr.*, III, pag. 708, not. 10. Vangerow, p. cit., § 527, not. *b*.

nochè il testatore non avesse gravato anche gli eredi *ab intestato* (1).

2) Quando il testamento rimane destituito, si è riconosciuto per equità che la clausola codicillare ha il pieno suo valore.

L. 6, pr., *si quis omis. causa* (29, 4) - Quia autem is, qui ab intestato possidet hereditatem, conveniri potest, si omisit causam testamenti, quaesitum est, si quasi ex voluntate testatoris videatur omisisse, an cogatur praestare; utputa fratrem suum scripsit heredem, et codicillos fecit ab intestato, petiitque a fratre, ut, si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommisso praestaret quibusdam; si igitur omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, videndum est, an legatariis cogatur respondere. Et Iulianus (libro trigesimo primo) Digestorum scribit, cogendum primum legata praestare, mox dimissis legatis si quid superfuerit ex dodrante, tunc fideicommissa cogi praestare; ceterum si legata absumant dodrantem, tunc nihil fideicommissariis praestandum, habere enim integrum quadrantem legitimum heredem oportet. Ordo igitur a Iuliano adhibetur, ut prius legata praestentur, deinde ex superfluo fideicommisso, dummodo quadrans non tangatur. Ego puto Iuliani sententiam ita accipiendam, ut, si omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, cogatur omnimodo legata praestare; nec enim utique omittere ei hereditatem permisit, qui fideicommissa ab eo reliquit ab intestato.

3) Quando il testamento rimane destituto, per equità si stabilisce che la clausola codicillare ha il pieno suo effetto (2).

4) Quando finalmente un testamento con clausola codicillare è rotto perchè il testatore stesso l'ha rivocato, è naturale reputare annullati e testamento e clausola codicillare (3).

### Del contenuto dei legati.

#### § 97. — *Dell'oggetto del legato.*

368. Contenuto del legato — 369. Oggetto fuori commercio, assolutamente, relativamente. — 370. Eccezioni, legato di cosa altrui. — 371. Legato della cosa propria del legatario, regola generale, eccezioni.

**368.** Il legato può avere per contenuto qualunque vantaggio atto ad arricchire il patrimonio del legatario. Tale vantaggio dev'essere possibile, e determinato in modo che la soddisfazione di esso non sia posta al puro arbitrio del gravato.

**369.** È senza effetto il legato quando l'oggetto sia assolutamente fuori commercio.

§ 4, *Inst., de legat.* (2, 20) .... - Sed si talis res sit, cuius non est commercium, nec aestimatio eius debetur: sicuti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit; nam nullius momenti legatum est (4).

Bisogna però distinguere se l'oggetto sia fuori commercio relativamente ad alcune delle persone delegate.

1) Se l'obbietto è fuori commercio solamente rispetto a chi è obbligato a soddisfare il legato, questo sarà nondimeno efficace, ed il legatario potrà pretendere il prezzo di stima, il valore della cosa disposta in suo favore.

L. 49, § 3, *de legat.* (31) - Sed Proculus, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei, qui eius commercium habeat, putat, heredem obligatum esse; quod verius est, vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel, si non est, in eius aestimationem.

2) Al contrario è senza effetto il legato, se l'oggetto è *extra commercium* del legatario, ossia quando questi per motivi legali non può usarne.

L. 49, § 2, *de legat.* (31) - Labeo refert agrum, cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse: quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat (5).

**370.** Si ricordano nondimeno due eccezioni:

*a)* La cosa altrui è validamente legata, ed il legatario ha diritto a pretenderne il prezzo di stima; imperocchè, essendo il *legatum rei alienae* valido quanto alla *aestimatio*, è chiaro che questa stima forma propriamente il legato, e però la contingenza che l'obbietto sia o no nel commercio del legatario è perfettamente indifferente.

L. 40, *de legat.* (30) - Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet ei, cuius possidendi *non* est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi (6).

*b)* È altresì validamente legata quella cosa che non è proprio fuori commercio del legatario per una proibizione legale, ma che non può venire in proprietà di c stui *propter corporis sui vitium*, come quando ad un castrato si lega una *militia*, ovvero *propter qualitatem relicti*, e ne è quindi dovuto dall'erede il prezzo di stima.

L. 4, pr., *de re milit.* (49, 16) - Qui cum uno testiculo natus est, quive amisit, iure militabit secundum Divi Traiani rescriptum; nam et duces Sylla et Costa memorantur eo habitu fuisse naturae (7).

L. 114, § 5, *de legat.* (30) - Si quid alicui licite fuerit relictum, vel ius aliud, quod ipsa quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcumque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet.

Quando un legato è di nessun momento perchè *extra commercium omnium*, ovvero *extra commercium legatarii*, rimane sempre nullo, quando anche durante la vita del testatore l'oggetto sia rientrato nel commercio. Ma se l'oggetto fosse stato legato sotto condizione, e *pendente conditione* fosse rientrato in commercio, sarà valido il legato per la nota massima *ad conditionalia legata regula Catoniana non pertinet.*

**371.** Quando sia legata una cosa appartenente al legatario nel tempo che fu scritta la disposizione, il legato è nullo; nè secondo la regola Catoniana diventa valido, se anche durante la vita del testatore, la cosa fosse dal legatario alienata.

§ 10, *Inst., de legat.* (2, 30) - Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia, quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest; et licet alienaverit eam non debetur nec ipsa, nec aestimatio eius (8).

A queste regole vi sono le seguenti eccezioni:

*a)* Quando il legato è condizionale, e prima che

---

(1) Vangerow, loc. cit., vedi anche Fein, loc. cit., pag. 323.

(2) L. 6, pr., *si quis. om. caus.* (24, 4); L. 14, C. *de fideicommiss.* (6, 42); L. 1, C. *de fideicomm. libert.* (7, 6).

(3) Vangerow, op. cit., § 527.

(4) L. 39, § 9-10, *de legat.* (30); L. 14, C. *de legat.* (6, 37). Confr. L. 41, § 1; L. 43, § 1, *de legat.* (30).

(5) Vedi Ferrini, op. cit., pag. 236.

(6) Vedi Gluck, *ad fragm.* T. P. 1817. Brinz, *Pand.*, p. 871. Vangerow, II, § 225. *In contr.* Cuiac. *Op. omn.*, I, pag. 127, 1185. Ferrini, l. c.

(7) Confr. L. 35, *de legat.* (32). Vedi not. seg.

(8) L. 41, § 2, *de legat.* (30); L. 13, C. *de legat.* (6, 37).

la condizione si avveri, la cosa fu alienata, il legato è valido: *regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet*, onde la condizione, *si vivo testatore rem alienaverit*, è valida.

L. 41, § 2, *de legat.* (30) - Tractari tamen poterit, si quando marmora, vel columnae fuerint separatae ab aedibus an legatum convalescat. Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore mea non sit, vel aedibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione et promitti mihi stipulanti, et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet (1).

*b)* È valido se la proprietà della cosa appartenente al legatario gli è tolta assolutamente e in ogni tempo, come per la *integrum restitutio* del primo proprietario e per qualunque caso di rivocazione del dominio *ex tunc*, si noti, non *ex nunc*, salvo che il testatore nel legare l'oggetto non avesse saputo quella relazione giuridica del legatario, per la quale il dominio era irrevocabile *ex nunc;* poichè, ciò stante, devesi supporre l'intenzione di legare quella cosa pel caso appunto che il legatario ne perdesse il dominio.

L. 82, § 1, *de legat.* (30) - Si ex bonis eius qui Reipublicae causa aberat, rem usu acquisierim, et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam eam mihi dari oportere.

L. 39, § 2, *eod.* - Si Titius a me rem emisset, et eandem mihi legasset, antequam ei traderem, mox ei tradidero, et pretium recepero, videtur quidem, is prima facie rem mihi meam legasse, et ideo legatum non consistere, sed ex emto actione liberatus utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, Iulianus scribit, ex vendito quidem me acturum, ut pretium exequatur, ex testamento vero, ut rem, quam vendidi et tradidi, recipiam. Idem subiungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi.

*c)* È valido se l'oggetto al tempo della formazione del legato apparteneva al legatario, ma fin da quel tempo al testatore doveva farsene la tradizione, abbia questa o no avuto luogo; poichè il legatario nel primo caso ha diritto alla restituzione, ed è nell'altro liberato, per un vero *legatum liberationis*, di farne la tradizione agli eredi (2). Similmente valido è il legato della cosa del legatario, quando il testatore vi aveva sopra, fin dal tempo che scrisse la disposizione, un diritto reale, poichè col legato cessa questo diritto in effettivo vantaggio del legatario.

L. 71, § 5, *eod.* - Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus; et Iulianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum (3).

Ma se poi si è legata una cosa appartenente al legatario, sulla quale un terzo, e non il testatore, ha un diritto reale, il legato deve essere considerato come inefficace, nè il legatario potrà domandarne dall'erede il prezzo di stima, nè pretendere di esser liberato da quel diritto; salvo che fosse stato appunto proposito del testatore nel fare il legato quello di liberare il legatario dal diritto reale del terzo. Nel qual caso il legato sarà valido nel senso che, se è possibile, il legatario potrà pretendere dall'erede che sia prosciolta la sua cosa; od altrimenti avrà diritto ad un prezzo di stima.

L. 66, § 6, *de legat.* (31) - Fundo legato si usufructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; usufructus enim. etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit (4).

L. 43, § 3, *de legat.* (30) - Qui ab hostibus redemtus est, legari sibi poterit, et proficies legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit.

Finalmente quando il testatore erroneamente suppose che la cosa legata appartenesse al legatario, il legato sarà efficace per decisione di Giustiniano.

§ 11, *Inst.*, *de legat.* (2, 20) - Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum; nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione; sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

### § 98. — *Della sostituzione nei legati.*

Bibliografia.

Nov. 159.

Fern. Retes, *De fideicom. perpetuo famil. relict*, *in Meermann Thesaurus*, vii, pag. 225. — Franc. de Goutles, *De fideicom. superfuturi*, Tubingae 1806. — Winckler, *De fideicom. familiae rerum mobilium*, in op., ii, pag. 60. — Heimbach, *in Zeitschrift f. Civilr. u Process.*, N. F., v, pag. 42. — Tewes, ii, § 88. — Filomusi-Guelfi, *Usufrutto successivo, e la sostituzione fedecommissaria*, Torino 1878.



**372.** I legatarii possono essere nominati uno dopo l'altro in guisa, che il secondo acquisterà il legato se il primo non l'acquista, perchè o muoia prima del testatore, ovvero rinunzia al legato. Così si ha il vero caso di sostituzione nei legati, simile alla sostituzione volgare degli eredi.

L. 50, pr., *de legat.* (31) - Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis, videamus, an idem fieri possit, et quum mortis causa donabitur ut id promittat ille alteri, si ipse capere non poterit; quod magis est, quia in posterioris quoque personam donatio confertur (5).

**373.** Il legato può essere lasciato a molti successivamente in guisa che il primo gode del lascito per un certo determinato tempo, e dopo passa ad un secondo, il quale è destinato a passarlo ad un terzo e così via. In tal caso si ha il fedecommesso o legato successivo, detto anche dalle fonti sostituzione.

L. 77, § 13, *de legat.* (31) - *Volo praedia dari libertis meis; quod si quis eorum sive liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo;* collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere, placuit.

(1) L. 98, *de cond. et demonstr.* (35, 1). Vedi Thibaut, § 903. Mühlenbruch, § 841, Not. 9.

(2) L. 39, § 2, *de legat. eod.*

(3) L. 86, § 4, *eod.*

(4) Sulla interpretazione dell'ultima parte di questo testo vedi Cuiacio, *Quaest. Pap.*, lib. xvii, ad h. l. Donello, *Com. iur. civ.*, viii, § 25. Vangerow, *Pand.*, ii, § 525. Ferrini, op. cit., pag. 304.

(5) L. 6, C. *de legat.* (6, 37).

Però questa non è una vera sostituzione da rassomigliarsi, come la prima, alla sostituzione volgare, perchè il secondo legatario non succede al primo, quando questi non può, o non vuole acquistare il legato, ma sibbene l'acquisto del secondo suppone quello del primo.

Quando un simile legato è rilasciato a tutta una famiglia, p. e., alla famiglia dello stesso testatore, se questi avesse instituito un estraneo, si ha allora il fedecommesso di famiglia, *fideicommissum familiae relictum*.

**374.** Il legato in questa forma instituito dopo la morte del testatore è acquistato immediatamente dai più prossimi agnati, e dopo Giustiniano, dai più prossimi cognati, ovvero, in mancanza di essi, dai più lontani parenti. Nel caso che il testatore abbia designato le persone con gradi o con linee successive, il legato è acquistato dai parenti secondo l'ordine stabilito dal testatore.

L. 32, § 6, *de legat.* (31) - In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.

L. 69, § 4, *eod.* - Si quidam sint postea emancipati, tractari potest, an hi quoque recte fideicommissum petant; et puto recte petituros, quoniam familiae appellatione personae quoque hae demonstratae intelliguntur (1).

Un simile legato si ha pure quando una cosa lasciata all'erede non deve uscire fuori della famiglia, ovvero che tal cosa non può essere alienata per favorire i componenti la famiglia anche più lontani. In questo caso, se la cosa è venduta a persone estranee, l'alienazione in interesse dei componenti della famiglia è nulla, quindi questi possono rivendicare la cosa.

L. 77, § 27, *de leg.* (31) - Libertis praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent. Si excepto uno ceteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet; eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui iudicio paruerunt, alioquin per absurdum erit, vice mutua petitionem induci, scilicet ut ab altero partem alienatam quis petat, quum partem suam alienando perdiderit. Sed hoc ita procedere potest, si pariter alienaverint, ceterum prout quisque prior alienaverint, partem posterioribus non faciet, qui vero tardius vendidit, ei, qui non vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur; at si nemo vendiderit, et novissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non supererit.

I componenti la famiglia, che acconsentirono la vendita all'estraneo, perdono il vantaggio di questo fedecommesso; e se tutti vi acconsentirono, si estingue completamente il legato.

L. 120, § 1, *de legat.* (30) - Omnibus quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus nullam fideicommissi petitionem superfuturam (2).

Un ordine di successione non è antecedentemente stabilito, ma l'erede potrà scegliere, anche per disposizione di ultima volontà, tra i componenti la famiglia, la persona che dovrebbe avere il legato dopo di lui. Se mancasse a questo proposito qualunque disposizione, il legato ricadrebbe ai più prossimi della famiglia; ed in questo caso, appena il più prossimo acquista il legato, deve prestare cauzione all'altro prossimo seguente.

L. 67, pr., *de legat.* (31) - Unum ex familia propter fidei commissum a se, quum moreretur, relictum, heres eligere debet; ei quem elegit, frustra testamento suo legat, quod postea quam electus est, ex alio testamento petere potest. Utrum ergo non consistit, quod datur, quasi creditori relictum, an, quamdiu potest mutari voluntas, non recte creditori comparabitur? Sive tamen duret electio, fuisse videtur creditor, sive mutetur, ex neutro testamento petitio competit (3).

Se l'erede che dovrebbe rilasciare la cosa nella famiglia, cade in concorso di creditori, questi sul fedecommesso di famiglia non possono avere altro diritto che quello delle rendite fino alla morte del debitore.

L. 69, § 1, *de leg.* (31) - Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

Giustiniano non volle che una cosa rilasciata in un fedecommesso di famiglia fosse totalmente sottratta al commercio; per la qual cosa ordinò, che tale cosa non dovesse rimanere nella famiglia che fino alla quarta generazione; ossia che la cosa legata caduta nelle mani della quarta persona deve rimanere completamente libera nel suo dominio (4).

**375.** Il fedecommesso successivo va soggetto alle seguenti regole generali:

1°) Se l'erede premuore al testatore o rinuncia, il testamento è *destitutum*, e in conseguenza ogni legato fedecommesso è nullo; ammenochè non vi fosse la clausola codicillare (5).

2°) Se il legatario premuore al testatore, il secondo legatario ha l'azione contro l'erede (6).

3°) Lo stesso avviene quando il legatario di primo grado rinuncia al legato.

4°) Se il primo legatario si astiene dal legato, il legatario successivamente chiamato, secondo un rescritto di Antonino Pio, ha il diritto di farsi cedere le azioni del legatario contro dell'erede.

L. 70, pr., *de legat.* (31) - Imperator Antoninus rescripsit, legatarium, si nihil ex legato accepit, ei, cui debet fideicommissum, actionibus suis posse cedere, nec id cogendum solvere. Quid ergo, si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus, abstinuit eo, utrum, actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad eam quantitatem quae fideicommisso continetur? Quod ratio suadet. Sed et si legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit solvere, quam recepit (7).

## Acquisto dei legati.

### § 99. — *Dei requisiti generali per l'acquisto dei legati.*

Bibliografia.

T., D. *Quando dies legatorum* (36, 2); T., D. *Quando dies ususfructus* (7, 3); T., C. *Quando dies legati* (6, 53). — Huschke *in Zeitschrift f. Civil. u. Process.*, II, N. 11, VIII, N. 2-6. — Rosshirt, *Vermächt*, I, § 261. — Arndts *in Rechtslexicon*, II, pag. 303. — Crailsheim *in Archiv. f. Civil. Praxis*, XLVII, pag. 368. — Ferrini, op. cit., pag. 377, § 8.

(1) L. 5, C. *de verb. sign.* (6, 38).
(2) L. 77, § 27, *de legat.* (31); L. 11, C. *de fideicom.* (6, 42).
(3) L. 69, § 3, *eod.*
(4) Nov. 159, cap. 2.
(5) L. 88, § 17, *de legat.* (31).
(6) L. 1, § 4, 7-9, C. *de caducis toll.* (6, 51).
(7) Vedi Filomusi-Guelfi, op. cit., pag. 12, not. 15.

376. Tempo per l'acquisto ed esercizio del legato — 377. *Dies legati cedit.* — 378. *Dies legati venit.* — 379. Regole generali all'acquisto dei legati.

**376.** L'acquisto dei legati dipende, presso a poco come l'acquisto dell'eredità, da due momenti, dal tempo in cui il legatario acquista il legato e può trasmetterlo ai proprii eredi, specie di delazione del legato, *dies legati cedit*, e dall'altra parte dal tempo in cui il legatario può esercitare tale diritto, *dies legati venit.*

**377.** Il *dies legati cedit* alla morte del testatore, nel qual tempo il legatario dev'essere idoneo ad acquistare il legato, e da questo momento il legato si trasmette dal legatario ai proprii eredi.

L. 5, pr., § 1, *Quando dies legat.* (36, 2) - Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. - § 1. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit; si vero post diem sint legata relicta, simili modo, atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit; nam huius dies non ante cedit, utputa si ususfructus sit post annum relictus; hanc enim sententiam probamus.

A questa regola vi sono le seguenti eccezioni:

Quando il legato è istituito sotto condizione sospensiva o con un *dies a quo*, il *dies legati cedit* alla evenienza della condizione o del *dies.*

L. unic., § 7, C. *de caduc. toll.* (6, 51) - Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerta die, expectare oportet conditionis eventum sub qua fuerit derelictum, vel diem ut tunc cedat, quum vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit. Quodsi in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non praevaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est, nisi et hic vel substitutus relictum accipiat, vel coniunctus sive heres sive legatarius, hoc sibi acquirat, quum certi iuris sit, et in institutionibus, et legatis, et fideicommissis, et mortis causa donationibus posse substitui.

L. 5, § 2, *h. t.* (36, 2) - Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.

L. 21, pr., *eod.* - Si dies apposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet cui, datum est; adiecta quamvis longa sit, si certa est, veluti kalendis Ianuariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta, quasi quum pubes erit, quum in familiam nupserit, quum magistratum inierit, quum aliquid demum, quod scribendo comprehendere sit commodum, fecerit, nisi tempus conditione obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest.

**378.** Il *dies legati venit* generalmente al momento dell'accettazione dell'eredità da parte dell'erede.

L. 32, pr., *de legat.* (31) - Omnia, quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestentur (1).

Nei legati condizionati o a termine il *dies venit* all'avverarsi dell'una e dell'altro (2).

Quando il legato grava sopra un legatario o sopra qualche altro che non sia l'erede, il *dies non venit* prima che il legatario gravato, ovvero il terzo, non acquisti ciò che gli si è lasciato dal testatore.

L. 8, pr., *de legat.* (32) - Si legatarius, a quo fideicommissum datum est, petierit legatum, id tantum, quod per iudicem exegerit, praestare fideicommissario cogetur, vel si non exegerit, actione cedere; ad eum enim litis periculum spectare iniquum est, si non culpa legatarii lis perierit.

**379.** Quanto all'acquisto dei legati si hanno le seguenti regole:

1°) Il *ius legati* si acquista in virtù di una finzione di legge all'insaputa dello stesso legatario, appena *cedit dies.*

L. 77, § 3, *de legat.* (31) - Surdo et muto, qui legatum accipit, ut, quum morietur, restituat, recte mandatur; nam et ignorantes adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur (3).

2°) Se il legatario muore prima di questo momento il legato è completamente nullo.

L. 22, pr. (36, 2) - Si Titio, quum is annorum quatuordecim esset factus legatum fuerit, et is ante quartumdecimum annum decesserit, verum, ad heredem eius legatum non transire, quoniam non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quatuordecim; qui autem in rerum natura non esset, annorum quatuordecim non esse non intelligeretur. Nec interest, utrum scribatur: *si annorum quatuordecim factus erit*, an ita, quum priora scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequente per tempus conditio; utrubique tamen eadem conditio est.

Questo punto era controverso presso i giureconsulti romani, come ci avverte Gaio.

Gai, *Inst.*, II, 195 - In eo vero dissentiunt prudentes: nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse, sed posteaquam scierit et reputerit, tum perinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere: sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, deliberent, inquit, decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.

Ora la questione sta in ciò: se nella legislazione giustinianea sia prevalsa la opinione dei Sabiniani, ovvero quella dei Proculeiani. La comune opinione si è pronunziata per la prima, cioè per l'acquisto del legato senza bisogno della dichiarazione del legatario, e con ragione.

Imperocchè è stabilito nella legislazione giustinianea, che il legato può essere acquistato anche da un furioso (4).

In secondo luogo l'acquisto del legato all'insaputa del legatario è dichiarato nella

L. 19, § 1, *quemadm. serv. amitt.* (8, 6) - Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo; quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emtorem via pertinebit, si reliquo tempore eo usus fuerit; quia scilicet tua esse coeperat, ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, quum ad te fundus non pertineat (5).

La opinione avversa si fonda sopra alcuni testi, in cui la rinunzia al legato non è considerata come di-

(1) L. 36, § 2, *de legat.* (30); L. 7, pr., *quando dies* (36, 2).
(2) L. 21, pr. (36, 2) già innanzi riprodotta.
(3) L. 5, C. *quando dies legati* (6, 53).

(4) L. 16, § 1, *qui test.* (28, 1); L. 24, pr., *obl. et act.* (44, 7); L. 7, § 8, *de iur. fur.* (5, 70).
(5) Vedi anche L. 5, § 8, *de reb. cor.* (27, 9).

minuzione di patrimonio. Però, come fu bene osservato, ciò si spiega anche colla teoria Sabiniana perciocchè la rinuncia al legato lo fa ritenere come mai acquistato (1).

Come applicazione di questo principio si ha:

Se il testatore lega una specie propria, il legatario acquista il diritto di proprietà sulla cosa, con la rispettiva *rei vindicatio*, dal momento del *dies veniens*, cioè dal momento che l'erede ha acquistata l'eredità.

L. 80, *de leg.* (31) - Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas; quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum heredis.

Per la qual cosa l'erede, acquistata la eredità, non può alienare la cosa legata; e se lo fa, il legatario ha la *rei vindicatio* contro ogni terzo possessore (2).

Se la cosa speciale è stata legata sotto condizione sospensiva, e la condizione medesima penda ancora al tempo della adizione della eredità, la cosa, certo, appartiene all'erede e potrà anche alienarla, ma dal momento che si avvera la condizione, il legatario può rivendicarla da qualunque terzo possessore.

L. 69, § 1, *de legat.* (30) - Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum (3).

Se la cosa è legata *ex die certo*, anche in tal caso coll'acquisto dell'eredità l'erede acquista il dominio di tale cosa, però per disposizione di Giustiniano egli non può alienarla, perchè, essendo certo l'avvenimento, ogni alienazione è nulla (4).

Se la cosa legata è altrui, ovvero non è direttamente legata, il legatario non ne acquista immediatamente il dominio dal *dies veniens*, ma un'azione personale contro l'erede (5).

Infine se il testatore ha legato un suo diritto di obbligazione, dal *dies veniens* il legatario acquista una azione utile contro il debitore.

L. 18, C. *de legat.* (6, 37) - Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.

## § 100. — *Del diritto di accrescimento nei legati.*

### Bibliografia.

Caimus, *De iure accrescendi ad* L. 89, *de legat.* (32). — Heimsoeth, *De usufructu accrescendo ex iure rom.*, Coloniae 1831. — Holtius, *Observations sur le droit d'accroissement entre legataires, in Themis*, IX, pag. 235. — Witte, *ad* L. 10, D. *de usufruct. accresc.* (7, 2), *in Abhandlung*, I. — Schneider, *Das altcivile und Iustinian. Anwachsungsrecht bei Legaten*, Berlin 1837. — Machlard, *Revue hystorique*, III, 161, 305, 401, IV, 109, 309, 421, 545, VI, 193. — Glasson, *Du droit d'accroissement*. Strasbourg 1862. — Arndts, *in Glück*, XLVIII, pag. 1 ss. — Van Wetter, *Droit d'accroissement entre collegataires*, Bruxelles 1866. — Ruggieri, *Dritto di accrescimento*, Roma 1873. — Serafini, *Archiv. giuridico*, XVII, pag. 38, ss. — Rosshirt, op. cit., I, pag. 589, ss. — Vangerow, II, § 547-554. — Ferrini, § 3, pag. 639, ss.



**380.** Il diritto di accrescimento tra i legatari è fondato sopra un principio diverso del diritto medesimo tra gli eredi testamentarii o *ab intestato*. Perocchè, formando il legato un acquisto singolare, di guisa che il legatario succede nelle singole cose, si ha la conseguenza che, mancando il legatario prima che il *dies cedit*, la cosa legata resta all'erede gravato e non si accresce agli altri collegatarii, i quali sono chiamati anch'essi nelle singole cose e nei singoli diritti. Anche quando i diversi collegatarii fossero congiunti in una disposizione, pure a rigore la parte del collegatario mancante dovrebbe rimanere presso l'erede, il quale resterebbe gravato per le parti riflettenti gli altri collegatarii rimasti.

Però in quest'ultimo caso di congiunzione il diritto romano ha voluto vedere una speciale determinazione del testatore, il quale, a causa della congiunzione, volle considerare tutti i legatarii come una sola persona; e quindi se uno dei collegatarii congiunti manca, la porzione sua è accresciuta agli altri collegatarii.

Per la qual cosa, mentre il diritto di accrescimento fra gli eredi è poggiato sopra un principio fondamentale di diritto e sul carattere universale dell'erede, il diritto di accrescimento tra i legatarii invece è poggiato sulla volontà del testatore, la quale si manifesta per mezzo delle congiunzioni.

Nell'antico diritto romano, il diritto di accrescere era riconosciuto nel *legatum per vindicationem*, quando la cosa era stata legata a più legatarii.

Nel *legatum per damnationem* invece, non era riconosciuto il diritto di accrescimento, perchè, creando questo legato un diritto di obbligazione, mancava la chiara volontà del testatore di considerare i collegatarii come una sola persona (6).

Per mezzo della legge Giulia e Papia Poppea il diritto di accrescimento tra i collegatarii fu limitato con la *caduci vindicatio*, e si lasciò sussistere solamente in favore di alcune determinate persone perchè il legato diventato vacante era considerato caduco.

Nel diritto giustinianeo, essendo sparita la distinzione formale tra *legatum per vindicationem* e *legatum per damnationem*, e le disposizioni relative della legge Giulia Papia Poppea non avendo più vigore, Giustiniano stabilì il diritto di accrescimento in generale tra tutti i collegatari congiunti.

**381.** Come nel diritto di accrescimento tra i coeredi si distinguono tre specie di congiunzione: cioè la *coniunctio re et verbis*, *coniunctio re tantum* e la *coniunctio verbis tantum*.

(1) Arndts-Serafini, *Pand.*, § 555, nota. Appoggiano questa opinione comune Windscheid, *Pand.*, § 543, nota 2. Unger, § 62, nota 2. Wächtr, *Schwebende Eigenthum*, pag. 7. Fitting, *Archiv. f. Civil. Praxis*, XLII. Crilsheim, *ibid.*, XLVII, pag. 370. Arndts, *Civil. Schr.*, pag. 164. Ferrini, op. cit., pag. 396, ss. Vedi in contr. Koeppen, *Dogm. Jahrbücher*, V, pag. 184, XI, 196.

(2) L. 69, pr., *de legat.* (30); L. 86, § 1-2; L. 38, § 1; L. 44, § 1, *eod.*; L. 3, § 2, C. *commun. de legat.* (6, 43).

(3) L. 65, *de cond. et demon.* (35, 1); L. 3, § 3, C. *comm. de legat.* (6, 43).

(4) L. 3, § 4, C. *comm. de legat.*

(5) L. 3, § 2-3, C. *eod.*

(6) Gai, *Inst.*, II, 205-206; *Fragm. Vat.*, 85.

**I. Quando una cosa è stata legata a molti in una sola disposizione p. e.: *Titio et Maevio fundum Tusculanum do lego*, i due collegatarii sono congiunti *re et verbis* e quindi si limitano a vicenda; se uno di essi muore prima del *dies cedens*, la porzione sua si accresce all'altro *cum onere*.**

L. unic., § 11, C. *de caduc. toll.* (6, 51). - Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc coniunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes voluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est; quum vero quidam voluerint, quidam noluerint, nolentibus solummodo id totum accedere.

**Questi legatarii dalle fonti sono detti *coniuncti*.**

**II. La *coniunctio re tantum* si ha quando una cosa è lasciata nel medesimo tempo a due o più persone, ma in separate disposizioni, p. e.: *fundum Cornelianum, Titio do lego, Maevio eundem fundum do lego*. Anche in questo a ipotesi la cosa è legata per intero ad entrambi, sicchè si può dire che essi si limitano a vicenda, e quindi se uno di essi manca prima dell'acquisto del legato, la parte sua si accresce all'altro. Questi collegatarii in contrapposto degli altri congiunti *re et verbis*, sono detti *disiuncti*.**

L. unic., § 11, C. *eod.* (6, 51) - Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam eius rei aestimationem accipere desiderent, quum huiusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans, nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressit disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei, singulis in solidum, praestetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida eius sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, ut eius, qui primus accepit, legatum augeri videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida res maneat, nullius concursu diminuta. Et ideo si onus fuerit in persona eius, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum legatum imminutum habet. Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videtur testator disiunctim haec reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas coniunctim ea disponere.

§ 8, *Inst.*, *de legat.* (2, 20) - Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim, sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; invero alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vero testator decesserit vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego*; disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego*. Sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum*, aeque disiunctim legatum intelligitur.

**III. Finalmente la *coniunctio verbis tantum* si ha quando si lega una cosa a più persone in una medesima disposizione e con determinazione di parti p. e.: *Titio et Caio fundum Tusculanum aequis partibus do lego*. Questa specie di congiungimento non crea diritto di accrescimento, perchè in effetto vi sono due legati separati, ciascuno in una parte determinata della cosa e congiunti in una stessa disposizione.**

L. 84, § 12, *de leg.* (30) - Quibus ita legatum fuerit: *Titio et Maevio singulos servos do lego*, constat, eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur: *Titio servum do lego; Maevio alterum servum do lego* (1).

**Quanto alla quistione se ai sensi della L. 89, *de legat.* (32) vi fosse stato riconosciuto il diritto di accrescimento per i *verbis tantum coniuncti*, e se con la L. unic., C. *de caducis tollendis*, tale accrescimento fosse stato riconosciuto da Giustiniano per i medesimi congiunti (Vedi più sopra § 100).**

**382. IV. Come una cosa speciale, così si può anche legare a molti collegatarii congiunti un diritto di usufrutto. In tal caso la parte del legatario che manca si accresce agli altri.**

L. 1, pr., § 1, *de usufruct. accresc.* (7, 2) - Quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est ius accrescendi, si coniunctim sit ususfructus relictus, ceterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio ius accrescendi cessat. — § 1. Denique apud Iulianum libro trigesimo quinto Digestorum quaeritur, si communi servo ususfructus sit relictus, et utrique domino acquisitus, an altero repudiante vel amittente usumfructum alter totum habeat? Et putat ad alterum pertinere; et licet dominus ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis acquiratur, tamen persona eius, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.

**Il diritto di accrescimento dell'usufrutto ha una specialità che lo distingue da tutti gli altri legati; e di vero la parte dell'usufrutto di un collegatario che manca o che rinunzia si accresce agli altri anche quando egli l'avesse acquistata e poi perduta.**

L. 1, § 3, *eod.* - Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen ususfructus legatus alteri accrescit, utputa si mihi fundi ususfructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus; nam ut et Celsus libro octavo decimo Digestorum et Iulianus libro trigesimoquinto scribit, concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est, quia est constitutus, et postea amissus nihilo minus ius accrescendi admittit; omnes enim auctores apud Plautium de ho · consenserunt, et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur. Quum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum nec refert, coniunctim, an separatim relinquatur.

**Sulla ragione di questa particolarità vi è controversia tra gli interpreti. In generale è riconosciuto che l'accrescimento che avviene per la mancanza del collegatario anche dopo averlo acquistato, non è considerato come una eccezione alla regola generale, ma come conseguenza della natura dell'usufrutto in rapporto colla massima *concursu partes fiunt*.**

**Legato un usufrutto a molti congiuntamente, tutti succedono a tutto l'usufrutto, e ciascuno è limitato ad una parte fintanto che per ciascun di essi dura l'usufrutto; ma essendo questo diritto di natura temporaneo, cessando colla morte o colla *capitis deminutio*, quando tale avvenimento si avvera in una delle per-**

(1) *De usufruct. accresc.* (7, 2).

sono congiunte, il concorso stabilito per la concorrenza di questa cessa, e il diritto dell'altro, limitato per questo solo fatto, si allarga sopra tutto l'usufrutto. Non è strana la opinione del Baron, il quale crede che in tal caso il diritto di usufrutto dev'essere considerato come un tutto indivisibile e che tutti i concorrenti godano *in solidum* del diritto, salvo a cadere la divisione sopra i frutti materiali che si raccolgono.

Perocchè non si vuol dire qui che l'usufrutto sia indivisibile, ma che nella mente del testatore, legatosi l'usufrutto a più persone, essendosi la proprietà lasciata ad un altro, si sia concepito il diritto di usufrutto staccato dalla proprietà con la durata fino alla morte o alla diminuzione del capo dell'ultimo collegatario. E ciò ancora si rileva corrispondere alla volontà del testatore, anche secondo la opinione dell'Arndts (1). Imperocchè quando il testatore abbia legato l'usufrutto a più persone congiuntamente e la proprietà ad un altro, nulla è più naturale che la interpretazione di aver voluto il testatore limitare all'erede la nuda proprietà finchè dura tutto l'usufrutto (2).

Lo stesso avviene nella legislazione giustinianea se si tratta di un'*obligatio ad usumfructum constituendum*, o si tratta di un quasi usufrutto (3).

Oltre a ciò sul diritto di accrescimento bisogna osservare ancora:

Una porzione di usufrutto addivenuta vacante si accresce ad un altro anche quando questi abbia perduta la parte sua, per la nota massima: *ususfructus non portioni sed homini accrescit.*

L. 10, *de usufruct. accresc.* (7, 2) - Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti accrescit; nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam dumtaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis, ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus.

La interpretazione di questo testo dietro la testimonianza dei Basilici, è intesa in questo modo: Era stato legato a Tizio ed a Caio l'usufrutto; il primo, esercitando l'azione confessoria non contro il vero possessore, ma contro il *fictus possessor*, perdette la parte dell'usufrutto per non uso; durante il giudizio l'altro collegatario perdette anche lui la parte sua di usufrutto. Si domanda se il *fictus possessor* debb'essere condannato all'estimazione di tutto l'usufrutto, ovvero alla estimazione di quella metà che Tizio aveva perduto per non uso. Ulpiano si decide per questa ultima opinione, perchè l'attore, sebbene abbia perduto la sua parte, pure ha acquistato l'altra per diritto di accrescimento, e perciò relativamente a questa metà non v'è alcuna perdita (4).

383. È controverso in questa materia un sol punto, cioè se la perdita che fa l'altro collegatario, per aversi lo stesso effetto della legge citata, debba avvenire necessariamente per morte o per *capitis deminutio*, ovvero si avrà lo stesso accrescimento anche quando la parte dell'altro collegatario si perda per non uso.

Alcuni sulla base della L. 25 e la L. 14 hanno creduto, che per aversi il diritto di accrescimento sulla base della L. 10, più su riprodotta, la parte dell'usufrutto dell'altro collegatario dev'essere stata perduta per morte o per *capitis deminutio;* invece se fosse andata perduta per non uso non si darebbe luogo a diritto di accrescimento (5).

Questa opinione è stata meritamente rigettata, perchè le due leggi allegate in cui si stabilisce che l'usufrutto può essere perduto anche in parte per non uso, non implicano necessariamente il principio che in caso di collegatarii congiunti, la parte che si perde da uno dei collegatarii per non uso non debba essere accresciuta all'altro collegatario (6).

La ragione perchè la massima *homini non portioni accrescit* debba essere applicata nel caso proposto, anche quando la parte di usufrutto del collegatario si perda per non uso, risulta pel principio fondamentale che governa il diritto di accrescimento relativo al legato di usufrutto. E di vero il legato di ciascun collegatario riflette l'intero usufrutto e quindi tutte le volte che la parte dell'usufrutto di uno dei collegatarii va perduta, questa si accresce all'altro. Ora ciò non dev'essere impedito dal perchè la perdita della parte avvenga per non uso anzichè per morte, eccetto naturalmente il caso in cui non può dirsi che si accresce all'uomo, come p. e., nel caso che un collegatario sia sparito per morte, e che l'altro collegatario abbia in un modo qualunque perduto la sua parte di usufrutto; perchè in tal caso non vi è l'uomo cui accrescere (7).

In questo punto controverso è stata variamente interpretata la

L 3, § 2, *quibus modis ususfructus* (7, 4) - Idem Papinianus quaerit si Titio et Maevio usufructu legato, in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur coniuncti? Et ait si quidem Titio amiserit, totum socio accrescere quod si Maevius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quae sententia habet rationem neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere; placet enim nobis ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit nihil accrescere.

Da questo testo si vuole dedurre una limitazione al diritto di accrescimento in rapporto all'usufrutto, per mezzo di cui il legatario non debba riacquistare quella parte ch'egli prima aveva perduto. Dato, p. e., che a Tizio ed a Caio fosse stato legato un usufrutto, quindi il primo abbia perduto il suo diritto per non uso e perciò il secondo acquisti tutto l'usufrutto, se in questo l'altro manca, allora il primo in virtù del diritto di accrescimento riceve solo la metà dell'usufrutto e non l'intero, cioè non acquista più quella parte che aveva antecedentemente perduto. Ma ciò non è esatto.

In vero la legge riprodotta riguarda il caso di una *repetitio* o una *relegatio ususfructus*, cioè il testatore

(1) Arndts *in Glück*, XLVIII, pag. 111.

(2) Vedi su questa questione oltre dell'Arndts, Vangerow, II, § 554. Suerin Heimsoeth, op. cit., pag. 18. Maiansius, *Disp. iur.*, N. 38. Glück, IX, pag. 282. Baron, *Gesammtrechtsverhältnisse orton. im rom. recht.*, pag. 177. Windscheid, III, § 645. Ferrini, l. c. Thes., IV, 101.

(3) Vedi Arndts *in Glück*, XLVIII, pag. 124.

(4) Glück, IX, pag. 286. Arndts *in Glück*, XLVIII, pag. 131. Suerin, *De usufruct. accresc. Ottonis Thesaurus*, IV, p. 116. Heimsoeth, op. cit., pag. 22. Rosshirt, op. cit., I, pag. 620. Witte, *Rechtslexikon*, I, pag. 324, nota 256, in cui rivocò la prima opinione in contrario esposta in *Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Recht*, Berlin 1817, N. I. Vangerow, II, § 554, not. III. Vedi la interpretazione del Ferrini, l. c., pag. 670.

(5) Glück e Suerin, opp. cc.

(6) Vedi Arndts, l. c. Lelievre, op. cit., pag. 51. Heimsoeth, l. c., pag. 25. Keller, *Ueber litiscontestation und Urtheil nach classis. rom. Recht*, pag. 77. Ferrini, op. cit.

(7) Arndts, l. c.

nella previsione che uno dei collegatarii perda il legato, lo ripeta in una quota per lo stesso legatario.

Si tratta dunque di una congiunzione *re et verbis* di due, Tizio e Mevio, nel medesimo legato di usufrutto, e che, nel caso Tizio perda la sua parte per *capitis deminutionem*, venga per lui ripetuto il legato di usufrutto solo in parte. La decisione di Ulpiano sull'autorità di Papiniano è che, se l'usufrutto si perda da Tizio, tutto si accresce a Mevio, se poi questi perda a sua volta l'usufrutto non ritorna tutto a Tizio per diritto di accrescimento, ma una parte; l'altra si consolida col dominio. Quale sia la parte che ritorni, quale quella che si consolidi è disputato molto fra gl'interpreti.

A me pare che la indagine di Ulpiano sulle tracce di Papiniano si versa unicamente sul secondo legato *ex repetitione*, il primo è fuori qualunque considerazione, come se da principio non fosse stato mai costituito. Tale legato sarebbe simile a quello in cui sin dal principio per Tizio fosse stato ordinato un legato, per esempio della metà dell'usufrutto legato a Mevio, ovvero se legato l'usufrutto a Tizio e a Mevio, nel corso che Tizio perdesse la porzione per *capitis deminutionem* gli fosse sostituto un terzo solo nella metà; in questa ipotesi, non è dubbio che in concorrenza con Mevio viene solo la metà, di cui una parte appartiene a Tizio o all'estraneo $^1/_4$, ed una parte a Mevio il quale in complesso riunisce presso di sè $^3/_4$ di tutto l'usufrutto. Se Tizio manca, tutto si accresce a Mevio, il quale così avrebbe tutto l'usufrutto, se poi l'usufrutto si perde da Mevio, ritorna a Tizio o al terzo quella sola parte che gli era tolta per la concorrenza di Mevio, cioè $^1/_4$, e l'altro quarto da lui perduto prima si consolida con la proprietà (1). Ciò che è indubitato nei due ultimi casi supposti, lo dev'essere pure per il caso previsto nel testo di Ulpiano. Pretendere che a Tizio ritorni non solo la parte del legato *ex ripetitione* che gli fu tolta dalla concorrenza di Mevio, ma anche l'altra metà esclusiva di quest'ultimo (2) è insostenibile, perchè tuttociò avverrebbe in forza del primo legato, mentre questo non può mai più essere considerato come titolo di accrescimento, o come presupposto della decisione, essendo estinto, ed avendo preso per volontà del testatore una novella forma con la *relegatio*. Che poi nel testo per perdita s'intenda quello che avviene per *capitis deminutionem* pare anche a me evidente dal contesto di tutta la legge, in cui si tratta della dottrina della *relegatio* e della *repetitio* e dell'effetto della perdita per *capitis deminutionem*.

In conclusione da questo testo possiamo ricavare il principio che se vi ha limitazione al diritto di accrescimento in quanto la porzione originaria non più ritorna al collegatario che prima l'aveva perduta, essa riflette solo quando la perdita avviene per *capitis deminutionem*, ma non quando ciò si avvera per non uso.

**384.** Il diritto di accrescimento non si avvera nei seguenti casi:

1°) Quando per ciascuno di più legatarii è assegnato un determinato erede, cessa ogni diritto di accrescimento.

L. 11, § 1-2, *de ususf. accr.* (7-2) - Quum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibns duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit; L. 12, quum alius ab alio heredi usumfructum vindicat.

2°) Quando a qualcuno è lasciata la nuda proprietà di guisa che l'usufrutto rimane presso i molti eredi istituiti, tra questi non vi ha diritto di accrescimento; ma quando uno manca, la porzione sua di usufrutto si consolida colla sua porzione di proprietà, perocchè il testatore in questo caso non ha voluto lasciare tutto l'usufrutto a ciascuno, ma una parte di esso rispondente alla relativa parte di proprietà.

L. 1, § 4, *eod.* - Idem Iulianus libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, si duobus heredibus institutis deducto usufructu proprietas legetur, ius accrescendi heredes non habere; nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.

L. 2, *eod.* - Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium eundemque proprietarium redibit.

L. 3, pr., *eod.* - Idem Neratius putat, cessari ius accrescendi, libro primo Responsorum. Cui sententiae congruit ratio Celsi dicentis, toties ius accrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt concursu divisus est.

## Diritti del legatario rispetto all'erede.

### § 101. — *Diritti del legatario in generale.*

**Bibliografia.**

T., C. *De usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum.*

Holtius, *Est ce l'acceptation de l'érédité, qui produisait en droit Romaine l'obbligation entre l'héréditier et les légataires?* Nella *Thémis*, VII, pag. 524. — Fritz, *Ueber die collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben*, in *Archiv. f. Civil. Praxis*, XII, N. 12. — Tewes, § 98. — Ferrini, op. cit., pag. 403.

385. Obbligo principale dell'erede, responsabilità dell'erede relativamente alla perdita e alla deteriorazione delle cose legate. — 386. Regole relative di diritti reali infissi sulle cose legate. — 387. Obbligo alla prestazione dei frutti e degl'interessi. — 388. Azione nascente dal legato, azione ipotecaria introdotta da Giustiniano.

**385.** Da ciascun legato, qualunque sia la sua natura, nasce per l'erede, dal momento dell'accettazione della eredità, un obbligo quasi *ex contractu* alla prestazione del legato *cum omni causa* (3).

Se la cosa non può esser prestata senza colpa o con colpa lieve dell'erede, questi è obbligato a dare il prezzo di stima.

L. 11, § 17, *de legat.* (32) - Ex his apparet quum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum, quod relictum est, quum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam (4).

Se l'erede è obbligato a restituire tutto ciò che ha ricevuto, allora egli risponde solo di dolo e colpa lata.

L. 108, § 12, *de legat.* (30) - Quum quid tibi legatum, fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, a ioquin etiam culpam te mihi praestare debere; existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur (5).

(1) Vedi Chesio, *Apud Heineccium, iur. rom. et att.*, 2120. Heimsoeth, *De usufr. adcr.*, pag. 45. Ferrini, op. cit., pag. 672.

(2) Vedi Vangerow, II, § 554, III. Vedi anche Baron, op. cit., pag. 183. Scheyer, *Archiv. f. Civ. Praxis*, LI, pag. 338.

(3) L. 11, § 25, *de legat.* (32); L. 34, pr.; L. 52, § 7, *eod.*

(4) L. 14, § 2, *eod.*; L. 71, § 3-4, *de legat.* (30).

(5) L. 47, § 4, *eod.*; L. 22, § 3, *ad Senatusconsult. Trebell.* (36, 1).

Quanto alla deteriorazione e alla perdita delle cose legate, l'erede risponde anche di caso fortuito, dalla mora in poi.

L. 47, § 6, *de legat.* (30) - Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi; quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

L'erede non risponde per il caso di evizione, eccetto che nei legati ordinati per dare o completare la porzione legittima.

L. 108, pr., *de legat.* (30) - Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur, et impensa, et periculo eius, cui legatus sit, reddi debet, quoniam rem legatam eo loco praestare heres debeat, in quo a testatore sit relicta (1).

**386.** Relativamente ai diritti reali infissi in fondi legati si hanno le seguenti regole:

1°) L'erede risponde della libertà del fondo da qualunque ipoteca. Se sulla cosa legata esiste un diritto d'ipoteca, ammesso che ciò fosse a conoscenza del testatore, l'erede è obbligato a liberarlo, specialmente poi quando il creditore esercita il suo *ius distrahendi*.

§ 5, *Inst.*, *de legat.* (2, 20) - Sed et si rem obbligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere (2).

Se il creditore ipotecario abbia venduto la cosa legata anche durante la vita del testatore, perchè questo fatto non si può ritenere quale una revoca del legato, l'erede è obbligato a prestare al legatario il prezzo di stima.

L. 6, C. *de fideicomm.* (6, 42) - Praedia obligata, per legatum vel fideicommissum relicta, heres luere debet, maxime quum testator conditionem eorum non ignoravit, aut si scisset, legaturus sibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Sin vero a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogitur nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur.

2°) Quanto alla servitù, le prediali sì attive che passive restano sul fondo legato contro o in vantaggio del legatario. Se invece sullo stesso fondo legato è istituito un usufrutto, l'erede è obbligato ad indennizzare il legatario, ammeno che il testatore non conoscesse la esistenza dell'usufrutto e non sia chiaro ch' egli abbia voluto legare la nuda proprietà della cosa.

L. 66, § 6, *de legat.* (31) - Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; ususfructus enim, etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

Se l'usufrutto spettava già all'erede, dal *dies venit*, l'erede perde l'usufrutto e al legatario passa la piena proprietà della cosa legata.

L. 76, § 2, *de legat.* (31) - Dominus herede fructuario scripto fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat; diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est quoniam fructus portionis instar obtinet.

**387.** L'erede non è obbligato a prestare i frutti e gl'interessi se non dal tempo della mora.

L. 23, *de legat.* (30) - Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis (3).

Se si tratta di legati per causa pia, i frutti son dovuti dalla morte del testatore, e più, ci è l'obbligo al doppio nel caso che i legati vengano trattenuti dall'erede.

§ 19, *Inst.*, *de act.* (4, 6) - Mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur; tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quae relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro poena et ideo in duplum eius fit condemnatio (4).

**388.** Da tutti questi diritti nascenti dalla *obligatio quasi ex contractu*, possono nascere tre azioni diverse:

1°) L'azione personale *ex testamento sive ex codicillis* che prima nasceva dal *legatum per damnationem* ed ora nasce da qualunque specie di legato. Essa sorge dal *dies venit*.

2°) Nei casi in cui è legata una cosa del testatore, ovvero un *ius in re aliena*, il legatario ha il diritto di scegliere l'azione generale, *ex testamento*, ovvero la *rei vindicatio* senza che si potessero cumulare queste due azioni.

L. 76, § 8, *de legat.* (31) - Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest; non enim ea mente natum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior iis agendi facultas sit, ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere.

3°) Finalmente vi ha un'azione accessoria ed è l'azione ipotecaria nascente dall'ipoteca legale spettante all'erede sopra quei beni ch'egli acquista dal defunto *causa mortis*.

L. 1, C. *communia de legat.* (6, 43) - ....Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcunque genus legatis vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare, in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Quum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatore hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testatore, ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue quum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. Et haec disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Quum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri afferat ei a quo derelictum est, nihil

(1) L. 45, § 2, *eod.*; L. 36, pr., C. *inofficioso testamento* (3, 28).

(2) L. 3, C. *de legat.* (6, 37).

(3) L. 39, § 1, *eod.*; L. 18, *ad SC. Treb.* (36, 1); L. 1, § 4, *de usur. fruct.* (6, 47).

(4) § 23, *eod.*; § 1, *Inst.*, *de poen. tem. litig.* (4, 16).

est grave, etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum sed tantummodo earum quae a testatore ad eum pervenerint.

§ 102. — *Cautio, immissio in possessionem legatorum servandorum causa.*

Bibliografia.

T., D. *Ut legatorum seu fideicommissorum causa caveatur* (36, 3). — T., D. *Ut in possessione legatorum seu fideicommissorum causa esse liceat* (36, 4). — T., C. *Ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum causa mittatur et quando satisdari debeat* (6, 54).

389. Cauzione e *missio in possessionem legatorum servandorum causa; missio in possessionem Antoniana.* — 390. Quando non si è obbligato a prestare cauzione.

**389.** Quando il legato è ordinato in modo che o per termine *a quo* apposto, o per una condizione, ovvero anche per eccezioni opposte dall'erede, esso soffre un ritardo nella sua esecuzione, l'erede può essere chiamato a prestare cauzione per la esatta esecuzione del legato medesimo. Questa garentia consiste nella *cautio* ovvero nella *satisdatio legatorum servandorum causa.*

L. 1, pr., *h. t.* (36, 3) - Legatorum nomine satisdari oportere Praetor putavit, ut, quibus testator, dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum abfuturum stipulentur.

L. 5, § 2, *eod.* - Si dies aut conditio legati, fideicommissi petitionem actionemve differre dicatur, et ideo satisdatio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat, et relictum negat non aliter audiendus erit, qui cavere postulat quam si scripturam, qua relictum affirmet, exhibuerit.

L. 15, pr., *eod.* - Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio, quoniam nonnullas moras exercitio iudicii habet (1).

Se l'erede non presta cauzione, il legatario può farsi immettere nel possesso dei beni ereditarii. Tale immissione concede al legatario la detenzione e la custodia dei beni insieme al loro possessore, cioè: o lo stesso erede ovvero un determinato terzo. In secondo luogo può essere stabilito sopra i beni medesimi un diritto di pegno pretorio fino a che o il legato non venga effettivamente prestato, ovvero per esso non si sia data la cauzione.

L. 5, pr., *h. t.* (36, 4) - Is cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur; neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat herede cautionem (2).

Se l'erede dopo sei mesi dacchè si fece la domanda al pretore non presta cauzione, il legatario può domandare la *missio in possessionem* nei beni proprii dell'erede, detto *missio in possessionem Antoniana* e dà al legatario il diritto di soddisfarsi del legato dalle rendite dei beni.

L. 5, § 16, *h. t.* (36, 4) - Imperator Antoninus Augustus rescripsit, certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos; si post sex menses, quum aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntate defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt (3).

**390.** Non si è obbligato a prestare cauzione.

1°) Quando il testatore ne ha dispensato l'erede. Però se sopravvengono circostanze per cui è necessario prestare cauzione al legatario, l'erede vi potrà essere obbligato (4).

2°) Similmente quando un ascendente ordina un legato al suo discendente in favore di prossimi parenti, ovvero per i proprii figliuoli, non si è obbligato alla cauzione almeno fino a che questo discendente non passa a seconde nozze (5).

3°) Egualmente è dispensato dalla cauzione il fisco.

L. 1, § 18, *h. t.* (36, 3) - Si ad fiscum portio hereditatis pervenerit, cessabit ista stipulatio, quia nec solet fiscus satisdare.

4°) Finalmente non è dovuta la cauzione quando il legatario espressamente o tacitamente con l'esercitare l'azione vi ha rinunziato, ovvero senza di essa il legato fu altrimenti assicurato.

L. 1, § 9-10, *h. t.* (36, 3) - Item si quis omissa stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est, cessare debere stipulationem.

§ 10 - Idemque in fideicommissis quoque probandum est.

L. 1, § 2, *h. t.* (36, 4) - Si debitori liberatio sit relicta, non est exigenda cautio, quia habet penes se legatum; quippe se conveniatur exceptione doli mali uti possit.

### Diritti dell'erede rispetto al legatario.

§ 103. — *Dei diritti dell'erede in generale.*

391. — Principale diritto dell'erede. — 392. Diritto alla cauzione — 393. *Interdictum quod legatorum,* regole relative a questo interdetto.

**391.** L'erede ha in generale il diritto di esigere dal legatario che vengano ristabiliti sulla cosa legata tutti quei diritti reali, a lui appartenenti, ch'erano stati estinti per mezzo della confusione, come servitù, ecc. Può egualmente pretendere indennizzo per tutte quelle spese che abbia fatte nella cosa e per la cosa.

L. 70, § 1, *de legat.* (30) - Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam.

L. 116, § 4, *eod.* - Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est, et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur, si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest (6).

**392.** Se il legato è istituito sotto condizione risolutiva, ovvero con un *dies ad quem*, l'erede ha diritto ad esigere cauzione dal legatario per sicurezza della restituzione della cosa legata in caso di evenienza della condizione o del *dies*.

L. 26, C. *de legat.* (6, 37) - Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes, et tamen

(1) L. 5, § 1; L. 14; L. 16, *eod.*
(2) L. 6, § 1, *eod.*
(3) L. 6, C. *h. t.* (6, 54).

(4) L. 18, pr., *h. t.;* L. 2; L. 7, C. *h. t.;* Nov. 22, cap. 41.
(5) L. 6, pr., § 1, C. *ad SC. Trebell.* (6, 49).
(6) L. 39, pr.; L. 58-61, *eod.;* L. 76, § 2, *de legat.* (31).

legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Quum enim iam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari; post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remanentibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur.

393. L'erede può esercitare ancora l'*interdictum quod legatorum* nel caso che il legatario si sia appropriato di propria autorità della cosa legata prima che l'erede ne abbia preso possesso.

Questo interdetto è *adipiscendae possessionis* ed è restitutorio.

L. 1, pr., § 1-2, *quod legatorum* (43, 3) - Hoc interdictum vulgo quod legatorum appellatur. - § 1. Est autem et ipsum adipiscendae possessionis. - § 2. Et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi; etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire.

L'interdetto è escluso quando alla presa del possesso da parte del legatario, prima o dopo, c'è stato il consenso dell'erede. Tale consenso però non vale quando fu dato prima dell'accettazione dell'eredità.

L. 1, § 11-12, *eod.* - Quod ait Praetor: *voluntate eius ad quem ea res pertinet*, ita erit interpretandum, ut, si post aditam hereditatem, vel bonorum possessionem agnitam voluntas accommodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset; quodsi ante aditam hereditatem bonorumve possessionem agnitam hoc factum est, rectius dicetur, eam voluntatem non nocere debere.

§ 12 - Si duae res legatae sint, altera ex voluntate occupata, altera non ex voluntate, eveniet, ut altera revocari possit, altera non. Idemque erit probandum et in una re, cuius pars ex voluntate, altera pars non ex voluntate occupata est; nam pars sola per interdictum auferetur.

L'interdetto compete all'erede sia civile che pretorio, allo scopo di avere la restituzione della cosa con tutte le pertinenze e i frutti (1).

L'interdetto è diretto contro il legatario o contro il *fictus possessor*, od in generale chiunque possiede, come il successore singolare del legatario.

L. 1, § 10-13, *eod.* - Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque eius, ceterosque successores. - § 13. Illud tenendum, sive a te, sive ab eo, in cuius locum successisti, possideri aliquid coeptum est, interdicto huic locum fore. In locum successisse accipimus, sive per universitatem, sive in rem his sit successum.

L'interdetto sarà utile nel caso che il legato consista in una servitù prediale o personale.

L. 1, § 8, *eod.* - Ut est quaesitum, si ususfructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. Movet, quod neque ususfructus, neque usus possidetur; sed magis tenetur; potest tamen defendi competere interdictum. Idem dicendum est et in servitute relicta.

È diretto l'interdetto anche contro il prelegatario in quanto egli possiede il prelegato come legatario e non come erede.

L. 1, § 6, *eod.* - Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Idemque erit dicendum et si alio genere legati sui ex heredibus legatum sit; nam et hic dicendum est, pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum.

Può essere esercitato ancora contro colui che fu immesso nel possesso *legatorum servandorum causa* quando fu data cauzione e il legatario non volle recedere dal possesso.

### Della quarta Falcidia.

#### § 104. — *Precedenti istorici.*

Bibliografia.

Gai, *Inst.*, II, 224-228. — Ulp., *Fragm.*, XXIV, 32, *ad legem Falcidiam.* — Pauli, *Sententiae receptae*, III, 8.
Husman, *in Ottonis Thesaurus*, IV, pag. 1673. — Olezza et Olano, *in Meermann Thesaurus*, I, 533. — Voorda, *Comm. ad legem Falcidiam*, Tray. 1730. — Mommsen *in Kritis. Iahrbücher*, 1845, pag. 11. — Arndts *in Rechslexicon*, VI, pag. 311.



**394.** Nell'antico diritto il testatore poteva istituire legati di qualunque entità egli volesse. La massima: *uti pater familias legassit ita ius esto*, aveva un'applicazione senza limiti. Più tardi quest'applicazione illimitata fu trovata esagerata, tanto più che si avverava spesso l'inconveniente che l'erede, non trovando interesse, essendo l'asse ereditario esaurito, rinunziava alla eredità, ed il testamento rimaneva così *destitutum*. Ad evitare tale inconveniente fu portata una limitazione alla libertà del testatore nell'ordinare i legati con la legge Furia testamentaria, un plebiscito dell'anno 571 di Roma. Questa legge ordinò che ogni legato non dovesse superare la somma di 1000 assi. Furono eccettuate alcune persone, i cognati fino al sesto grado.

Gai, *Inst.*, II, 224-225 - Sed olim quidam licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis, idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur his verbis: uti legassit suae rei, ita ius esto: qua auctoritate qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. - 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mile assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est sed et haec lex non perfuit, quod voluit; qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare.

Contro colui che accettava per legato più di 1000 assi era comminata una pena del quadruplo, salvo alcune persone eccettuate (2).

Questa legge non raggiunse lo scopo perchè si trovò modo di eluderla col fare molti legati di piccola entità, di cui nessuno superasse i 1000 assi.

La legge Voconia dell'anno 585 di Roma, stabilì che il legatario non dovesse conseguire per legato, o in generale per qualunque altro acquisto *causa mortis*, più di quello che avrebbe conseguito l'erede dalla ere-

(1) L. 1, § 2-15, *eod.*; L. 38, § 5, *de usur.* (22, 1).

(2) Ulp., *Fragm.*, I, 2, XXVIII, 7.

dità, se p. e., all'erede non rimanesse libero che cento, nessun legato poteva sorpassare questa cifra.

Gai, *Inst.*, II, 226 - Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere licet, quam heredes caperent; ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Anche fu trovato modo di ordinare legati in frode di questa legge istituendo molti piccoli legati, di cui nessuno importasse una somma maggiore di quella che rimanesse libera all'erede.

**395.** Finalmente fu pubblicata la legge Falcidia, un plebiscito dell'anno 714 di Roma, la quale ebbe lo scopo non solo di garentire una parte libera all'erede, ma anche di evitare che le eredità addivenissero vacanti, e ciò in favore delle tasse successorie. Questa legge ordinò che in qualunque modo all'erede rimanesse libera la quarta parte della eredità o della porzione ereditaria, detratti i debiti ereditarii. In caso che i legati superassero le tre quarte parti della eredità o della porzione ereditaria, l'erede aveva il diritto di ridurre in proporzione i legati, finchè rimanesse per lui libera la quarta parte, che perciò prese il nome di *quarta Falcidia*.

Gai, *Inst.*, II, 227 - Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus civi Romano legare liceat, quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.

Questa legge aveva due capitoli. Nel primo era riconosciuta l'antica libertà di ordinare legati, e quindi furono abolite le leggi Furia testamentaria e Voconia. Col secondo capitolo fu stabilita la quantità utile per cui si potevano istituire legati, cioè che l'erede avesse il diritto di sottrarre dai legati fino a che rimanesse libera la quarta parte dell'eredità o della relativa porzione ereditaria.

L. 1, pr., *ad leg. Falcid.* (35, 2) - Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: *Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare, legare volet; ius potestasque esto, dum ita detur legatum ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto; isque heres, qui eum pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.*

Il diritto di sottrarre la quarta era assoluto nè poteva essere impedito dalla volontà stessa del testatore, nè da qualunque stato o fatto giuridico.

L. 15, § 1, *eod.* (35 2) - Frater, quum heredem sororem scriberet, alium ab eo, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset praestaret; privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit; et ideo sororem iure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam.

**396.** Giustiniano ha ritenuto in generale la disposizione della legge Falcidia, apportando due modificazioni. In primo luogo ordinò che l'erede dovesse fare un esatto inventario sotto pena di perdere il diritto a sottrarre la quarta. In secondo luogo diede facoltà al testatore d'impedire all'erede di sottrarre la quarta medesima.

§ 105. — *Delle persone che hanno diritto alla quarta.*

Bibliografia.

Donello, *Comment. iur. civ.*, lib. VIII, cap. 9. — Bernsdorff, *De ratione legis Facidiae in singulis heredibus maxima substitutis ponenda*, Goet 1754. — Sigmund, *Ueber die Berechnung der Quarta Falcidia*, München 1846. — Pernice, *Commentationes iuris romani duae*, Halae 1855. — Gordan, *De legis Falcidiae ratione in duplicibus testamentis ponendo*, Bonnae 1856. — Vangerow, *in Archiv. f. Civil. Praxis*, XXXVI, N. 10-12. — Idem, *Pand.*, II, § 535. — Mülhenbruch, XL, pag. 397, ss. — Arndts *in Rechtslexicon*, VI, pag. 316, ss. — Windscheid, § 652. — Huschke, *Zeitschrift f. Civil u. Process.*, N. F., VI, N. 11, VII, N. 2. — Hermann, *Ibid.*, VIII, N. 14. — Ferrini, op. cit., pag. 417, ss.

397. Il diritto alla quarta è dato all'erede relativamente ai legati testamentari, modificazioni posteriori. — 398. Il diritto alla quarta spetta a ciascun erede per ogni porzione ereditaria, casi quando molte porzioni ereditarie si uniscono nelle medesime persone. — 399. *Quid* in caso di sostituzione pupillare, regola generale, se un coerede è sostituito, se un estraneo è sostituito al pupillo, se vi sono sostituiti due estranei.

**397.** Nel diritto antico la facoltà di sottrarre la quarta era concessa agli eredi testamentarii gravati di legati. Antonino Pio estese questo stesso diritto agli eredi *ab intestato* che dovessero prestare un fedecommesso (1).

I legatarii che fossero gravati di legati non hanno diritto a sottrarre la quarta; solo che, quando la quarta è stata ad essi già sottratta dall'erede, la somma sottratta verrà divisa tra i legatarii gravati e gli altri sub-legatarii.

L. 47, § 1, *h. t.* (35, 2) - Nunquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano Senatusconsulto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiae beneficio (2).

L. 32, § 4, *h. t.* (35, 2) - Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, quum ipse quoque quinque Seio rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Seio pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. Quae sententia et aequitatem, et rationem magis habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa praestanda obligabitur; nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco, quod passus esset, non imputaturum, nisi forte testator ita fidei eius commisisset, ut totum, quidquid ex testamento cepisset, restitueret.

Il fedecommessario universale ha qualche volta il diritto a sottrarre la quarta, però in nome del fiduciario. In primo luogo quando questi abbia rinunziato alla sottrazione della quarta in favore del fedecommessario.

In secondo luogo essendo stato il fiduciario costretto ad accettare l'eredità secondo il S. C. Pegasiano, fu obbligato a restituire al fedecommessario tutta intera la eredità (3).

**398.** Quando vi sono più eredi, il diritto di sottrarre la quarta spetta a ciascuno di essi, cosicchè se in un testamento vi fossero due eredi ognuno istituito per la metà, e sopra uno di essi grava un legato che esaurisce tutta

(1) L. 18, pr., *h. t.* (35, 2); L. 5, C. *ad SC. Trebell.* (6, 49); L. 10, C. *h. t.* (6, 50).

(2) L. 22, § 5; L. 55, § 2, *ad SC. Trebell.* (36, 1).

(3) L. 1, § 19, *ad SC. Trebell.* (36, 1); § 7, *Inst.* (2, 23).

la porzione medesima, sebbene un tale legato non superi le tre quarte parti di tutta intera la eredità, pure l'erede gravato ha diritto, relativamente alla sua porzione, di sottrarre la quarta Falcidia.

L. 77, *h. t.* (35, 2) - In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse, non dubitatur; et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae.

§ 1, *Inst., de leg. Falc.* (2, 22) - Et quum quaesitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quae nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerato, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quae partem eius dumtaxat in partem dimidiam minuant, aut quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quae ab eo relicta sunt, retinere liceret? Placuit, ut quartam partem suae partis salvam habeat, posse retinere; etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.

Quando molte porzioni ereditarie si riuniscono in una sola persona, per vedere se le due o più porzioni gravate debbano considerarsi come una sola e quindi sottrarsi una sola volta la quarta, ovvero se debbano ritenersi divise e quindi da ciascuna sottrarsi, se ne è il caso, la quarta, bisogna por mente al modo come le due porzioni si riuniscono in una sola persona.

1°) Se il testatore abbia istituito un erede in due disposizioni diverse e quindi in due porzioni, ed abbia gravato entrambe le porzioni di legati, o una sì e l'altra no, ovvero una più e l'altra meno, le porzioni devono essere considerate unite, e quindi si avrà diritto alla quarta Falcidia quando la massa dei legati superi le tre quarte parti della somma delle due porzioni in una considerate.

Messo il caso, p. e., che Tizio sia stato istituito nella quarta parte della eredità eguale a cento, e gravato di legato del valore di cento; e che lo stesso Tizio sia stato istituito in un'altra quarta parte dell'eredità, senza essere gravato di legati, si avrà che, sebbene i legati istituiti sopra la prima porzione di Tizio la esauriscono completamente, pure non si avrà diritto alla sottrazione della quarta Falcidia. Imperocchè, dovendosi riunire le due porzioni in una, ciò che importa la somma di duecento, i cento stabiliti per legato non superano, anzi neppure raggiungono le tre quarte parti delle due porzioni.

L. 87, § 4, *h. t.* (35, 2) - Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat a filio totum semissem legaverat a Titio nihil, et Titium filio substituerat; quaesitum est, quum Titius ex institutione adiisset, et impubere filio mortuo ex substitutione heres extitisset, quantum legatorum nomine praestare deberet. Et placuit, solida legata eum praestare debere, nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur. Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.

2°) Quando poi le due porzioni si riuniscono nella stessa persona per cause accidentali, come p. e. se un coerede abbia ereditato da un altro, o quando lo abbia arrogato; le due porzioni debbono essere considerate totalmente divise e quindi a ciascuna porzione, se ne è il caso, si può sottrarre la quarta, p. e.: Se Tizio, istituito in una quarta parte dell'asse ereditario, eguale a cento, è gravato di legati parimente uguali a cento; poi arroga il suo coerede Mevio, istituito in un'altra parte eguale a cento; relativamente al diritto della quarta Falcidia, le due porzioni riunite nella persona di Tizio devono essere considerate divise, come appartenenti a due eredi diversi; e perciò Tizio avrà il diritto di sottrarre per la sua porzione la quarta Falcidia, sebbene la massa dei legati non superi le tre quarte parti delle due porzioni unite assieme.

L. 1, § 15, *h. t.* (35, 2) - Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur quia separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem.

Nel caso che le due porzioni si uniscono nella medesima persona per mezzo di una sostituzione volgare, p. e., Tizio istituito nella metà dell'asse ereditario è sostituito volgarmente dall'altro erede Caio, e questi è gravato di legati di tale entità, da esaurire tutta la sua quota ereditaria; avvenuto il caso della sostituzione, le due quote di istituzione e di sostituzione si considerano unite in guisa che nel caso proposto non c'è ragione di sottrarre la quarta Falcidia (1).

Questo punto è egualmente inteso da tutti gl'interpreti. È controverso il caso quando nella sostituzione volgare è gravato l'istituito e non il sostituito, p. e., nel caso precedentemente proposto, se i legati fossero stati imposti all'istituito e non al sostituito. Vogliono alcuni che in tal caso, avvenendo la sostituzione, le due porzioni devono essere considerate divise e quindi il sostituito avrebbe il diritto di sottrarre la quarta Falcidia dalla porzione d'istituzione. Questa opinione ha per fondamento la seconda parte della L. 1, § 13, h. t. Questa legge così si esprime.

Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis; is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non; *quisquis mihi heres erit*.

Certo la seconda parte di questo testo sembra dar ragione a questa opinione, da noi altra volta citata. Però i termini precisi della L. 87, § 4, già innanzi riprodotta, contrastano troppo evidentemente con questa opinione in guisa che essa meglio considerata non è sostenibile. Lo stesso Vangerow (2), che si può dire il principale sostenitore di questa opinione, è obbligato a ricorrere a certe considerazioni puramente storiche per togliere qualunque forza alla L. 87, § 4; imperocchè egli crede che al tempo di Giuliano il sostituito era obbligato al pagamento dei legati, quando essi erano ordinati in un modo generale, o a lui specialmente imposti, e che i legati gravanti specialmente l'istituito furono solo da Severo in poi considerati oneri del sostituito. Per la qual cosa Giuliano non poteva naturalmente considerare questo secondo caso, e per conseguenza la disposizione della L. citata riguarderebbe il caso quando il sostituito fosse direttamente gravato di legati. Ciò risulterebbe ancora dalle ultime parole del § 4° citato; in effetto Giuliano stabilisce la massima contraria per la sostituzione pupillare, perchè non *suo nomine obligatur*; egli ha dovuto certamente supporre che nel caso di sostituzione pupillare il sostituito fosse obbligato *suo nomine* (3).

(1) L. 11, § 7, *h. t.*
(2) Vangerow, II, § 535, not. III.
(3) Vedi der Pfordten, *Abhandlungen aus dem Pandektenrecht*, Erlangen 1840, I. Ferrini, op. cit., pag. 446, ss.

Questa interpretazione invero è un po' esagerata quantochè, anche mettendo che fosse quello il pensiero di Giuliano, non segue che sia stato lo stesso lo scopo dei compilatori nell'inserirlo nelle Pandette di Giustiniano. Per la qual cosa non accettiamo neppure la opinione del Windscheid, che i due testi siano inconciliabili (1), ma è da seguire con molta più ragione la opinione di altri, i quali credono che la seconda parte della L. 1, § 13, riguardi il caso quando il sostituito ha rinunziato alla eredità e quindi risulta il diritto di accrescimento (2).

3°) Se le due porzioni si uniscono nella stessa persona per diritto di accrescimento, bisogna distinguere se è gravata la porzione originaria ovvero quella che si accresce; nel primo caso le due porzioni devono essere considerate unite e quindi, ammessa la ragione di sottrazione per Legge Falcidia per la porzione gravata e non per la porzione che si accresce, dovendosi considerare unite le due porzioni, non ha luogo la sottrazione della quarta. Questa regola è espressa dai pratici con questa frase: *non gravata portione accrescente portioni gravatae quarta non deducitur*.

Invece se è gravata la porzione che si accresce e non la originaria, le due porzioni devono essere considerate divise, e quindi, se c'è il caso di sottrarre la quarta solo per la parte accrescente, la quarta potrà dedursi.

L. 78, *h. t.* (35, 2) - Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exausta sit, qui heres extiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt ut ceteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur: si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

Però in questo caso ciò che l'erede lucra dall'altra porzione, sottratta la quarta Falcidia, dev' essere imputato nell'altra. Questo effetto dai pratici è espresso con quest'altra frase: *gravata portione accrescente, portioni non gravatae quarta deducitur*.

Similmente se il padre viene istituito insieme al figlio o il servo insieme al padrone, ed è gravata la porzione del servo o del figlio, le porzioni devono essere considerate divise, ma ciò che il padre o il padrone guadagna sopra l'altra porzione deve essere imputato nella propria.

L. 25, pr., *h. t.* (35, 2) - Maritum suum et filium communem aequis partibus heredes instituit; quaesitum est, an in ratione legis Falcidiae imputandum sit marito, quod ad eum ex eadem hereditate per filium pervenit. Respondit, si ex institutione filii tantum retineat, quantum ad Falcidiam satis sit, nihil quartae nomine deducendum (3).

**399.** Le regole relative alla sottrazione della quarta Falcidia ricevono una certa modificazione nel caso di sostituzione pupillare.

Innanzi tutto è da tener fermo il principio, che il padre non può aggravare di legati il patrimonio del figlio; perciò i legati ordinati nel testamento con sostituzione pupillare intanto sono validi in quanto sono pesi della successione paterna; e perciò essi sono ordinati in *primis tabulis sub conditione*.

Ciò premesso possiamo avere i seguenti casi:

Quando il pupillo è istituito erede, i legati gravanti il sostituito o l'istituito o entrambi sono da considerarsi tutti ordinati sulla eredità paterna. Per la qual cosa, come conseguenza del principio innanzi enunciato, si deve applicare la massima: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, la quale ha questo significato: la quarta Falcidia si computa in guisa che il complesso della eredità paterna, quale è al punto della morte del padre sia fondamento della computazione: quindi, se la somma di tutti i legati superi le tre quarte parti della eredità, tutti i legati vengono in proporzione ridotti.

Di qui possiamo fissare questi tre principii fondamentali: in primo luogo bisogna tener conto solo della eredità paterna; in secondo luogo la computazione bisogna determinarla al tempo della morte del padre, onde l'aumento e la diminuzione dell'eredità paterna seguita nell'intervallo tra la morte del padre, e quella del figlio impubere, nulla rileva; finalmente in terzo luogo bisogna ritenere che tutti i legati, imposti anche ad entrambi, gravano la condizione di un solo erede.

L. 79, *h. t.* (35, 2) - In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid, vel diminuerit, sive de legatis quaeramus, tam ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.

L. 1, § 1, *Si cui plus, quam per leg. falc.* (35, 3) - Neque interest, utrum in primis tabulis hoc fiat an in pupillaribus, an in utrisque; etenim legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, iam convenit contributis legatis, tam his, quae ab ipso pupilio, quam his, quae a substituto impubere relicta sunt.

Da questi principii summentovati può avvenire che all'epoca della morte del figlio il patrimonio del padre si sia diminuito in modo che la mancanza importi più di quanto si sarebbe dovuto dare ai legatarii, dedotta la quarta, ed allora il sostituito pupillare sarà obbligato di pagare anche *de proprio*, per la ragione che i legati debbono essere pagati secondo il valore del patrimonio al tempo della morte del padre.

Dato il caso che la eredità paterna ammonti a mille, e ad 800 i legati imposti al figlio ed al sostituto, dedotta una sola volta la *quarta*, all'erede spetterebbero secondo le regole generali 250 ed ai legatarii 750. Se, ereditando il sostituito, il patrimonio trovasi di 1000, egli pagherà i legati di 750, lucrerà sull'eredità 250; ma se il patrimonio è ridotto appunto a 750, non gli è più lecita altra sottrazione, e pagherà ai legatarii l'intiera somma di 750, niente lucrando per sè: e se, ciò che è possibile, nella eredità si trovi la somma di 700, il sostituito non solo non guadagna, ma deve pagare 50 *de proprio*.

Questo sembra essere il vero significato della

L. 11, § 5, *h. t.* (35, 2) - Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire ne substitutus quidquam retineat, velut longe plus habeat quartae

(1) *Pand.*, § 658, not. 8.

(2) Arndts, *Civil. Schriften*, II, pag. 457. Hoffmann, pag. 331 e 384. Puchta, *Vorles.*, II, pag. 481. Vedi anche Faber, *Coniect.*, IV, 12, XVIII, 15. Huschke, op. cit., VII, pag. 194. Pernice, *Commentationes iur. rom.*, pag. 24, ss.

(3) L. 21, § 1, *eod.*

paternae hereditatis. Quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

In questa legge Papiniano mette il principio fondamentale proprio nelle ultime parole, cioè: che dovendosi i legati riguardare come gravanti la eredità paterna, bisogna comprenderli: *Quasi primis tabulis sub conditione relicta essent.* Per la qual cosa, tutto ciò che è messo innanzi da Papiniano, è conseguenza di egual principio. E di vero i legati ordinati al sostituito pupillare debbono essere confusi con quelli gravanti lo stesso pupillo; perciò egli può trovare nel patrimonio paterno più di quello che sottrae dalla quarta, o può il patrimonio medesimo essere tanto diminuito, per cui, dovendo pagare tutti i legati, non trova neppure tutto l'importo dei legati medesimi, e perciò sarà obbligato di soddisfarli *de proprio* (1).

Una soluzione alquanto diversa vi è per il caso in cui il padre di famiglia abbia sostituito pupillarmente più persone e gravata di legati una sola di esse. A prima vista anche in questo caso, ai sensi del principio suannunciato, bisognerebbe decidere che il sostituito non avrebbe diritto a sottrarre la quarta Falcidia, anche quando la importanza dei legati superasse le tre quarte parti di quello che gli tocca come sostituito, se la ragione della quarta non vi fosse all'epoca della morte del padre, considerando i legati imposti al sostituito pupillare come imposti allo stesso istituito pupillo. Però i Giureconsulti romani decidono questo caso diversamente, ritenendo come misura di sottrazione della quarta ciascuna porzione dei sostituiti, presa separatamente.

L. 80, pr., *h. t.* (35, 2). - Si is, qui quadraginta in patrimonio habebit, filio impubere herede instituto ducenta legaverit, eique Titium et Seium heredes substituerit, et a Titio centum legaverit, videamus, quid iuris sit, si nondum solutis legatis pupillus decesserit, et ob id ea legata utrique deberent. Solus heres Titius utetur lege Falcidia; quum enim ducenta ex hereditate pupillo ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet, centum ex ducentis, quae pupillus debebat, centum, quae ipse dare iussus est; itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebis quinquaginta. In persona vero Seii lex Falcidia non intervenit, quum ad eum ex hereditate pupilli ducenta pertineant, et debeat legatorum nomine centum ex ducentis, quae a pupillo relicta sunt. Quodsi pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli ut caveant legatarii.

Ammesso adunque che il patrimonio del padre al tempo della morte importi la somma di 400, che abbia istituito erede il figlio impubere gravandolo di legati del valore di 200, e nel medesimo tempo abbia sostituito all'impubere Tizio e Caio, e a carico del primo abbia imposto dei legati del valore di 100; se si applica in tal caso la regola generale cioè: che i legati imposti al sostituito tutti devono essere confrontati colla eredità del padre al momento della sua morte, in tal caso non vi sarebbe ragione della quarta, imperocchè morto il pupillo nella impubertà, il sostituito Tizio erediterebbe 200, sarebbe obbligato di pagare tutti i legati, tanto quelli a lui imposti, quanto quelli che gli vengono dal pupillo; cioè un insieme del valore di 200, quindi i legati esaurirebbero tutta la sua porzione ereditaria.

E pure egli, secondo il principio enunciato, non avrebbe ragione di sottrarre la quarta, non essendo luogo ad essa per il pupillo; ed in effetto essendo la eredità paterna data al pupillo di 400, riuniti insieme tutti i legati che sono del valore di 300, essi non superano le tre quarte parti di tutta l'eredità. Invece nel testo surriferito si decide che Tizio solo ha diritto di sottrarre la quarta considerando la sua porzione come completamente separata dall'altra.

A questo stesso risultato perviene Papiniano; però egli mette tanta cura a giustificare tale conseguenza da far supporre che tal caso sia stato controverso presso gli antichi Giureconsulti romani.

L. 11, § 6 *h. t.* (35, 2). - Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli substitutus. Et facile quis dixerit consequenter prioribus quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque ita si patri heres extitisset; ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam, et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus, si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit, in omnibus et ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte, quam quod vulgo probatum est respondetur. Itaque varietas existet, ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam, alter autem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur eius, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo, de Falcidiam cautum fuit, duobus committatur stipulatio, videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.

In questa legge, Papiniano oppone due casi.

1°) Quando i legati imposti ad uno dei sostituiti superino le tre quarte parti della porzione del sostituito medesimo; e dapprima riconosce, che secondo i principii generali e la opinione di alcuni (*quis facile dixerit*) non ci sarebbe ragione di sottrarre la quarta. Però egli aggiunge essere più esatta la opinione di coloro, i quali vogliono che il sostituito in tale caso abbia facoltà, relativamente alla sua porzione, di avvalersi della quarta Falcidia. Imperocchè, per la regola, il sostituito del pupillo deve essere considerato come istituito dal padre, nasce la conseguenza che bisogna riguardare sempre il patrimonio del padre all'epoca della sua morte, e che i legati messi a carico del sostituito e quelli imposti a carico dell'istituito, devono essere insieme computati; e perciò quando vi sono più sostituiti, esclusa la persona intermedia del pupillo, essi devono essere considerati come se fossero istituiti fin dal principio nel testamento paterno. Per questa via si giustifica il diritto per ciascuno dei sostituiti gravati di sottrarre la quarta Falcidia separatamente da ciascuna, delle loro porzioni.

2°) Il secondo caso che tratta Papiniano riguarda quando non già per eccesso di legati imposti allo stesso sostituito, ma pel concorso di questi e degli altri imposti al pupillo, sieno superate le tre quarte parti della porzione del sostituito, e dopo un ragionamento, per la nota massima *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, si decide, egualmente come nel primo caso, per il diritto alla sottrazione della quarta (2).

(1) Vangerow, § 535, nota 6 (1), ed autori ivi citati; vedi anche Mülenbruch *in Glück*, XL, pag. 397.
(2) Vangerow, l. c.

3°) Se al pupillo istituito nel testamento del padre è sostituito un coerede, si possono dare i seguenti casi:

*a*) I legati possono essere ordinati solo nel testamento paterno, *in primis tabulis*, e se il pupillo non è onerato, la quarta Falcidia vien computata separatamente sulla porzione del pupillo e così sottratta.

L. 11, § 7, *h. t.* (35, 2). - Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat, et quale sit, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam. Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, quum communi calculo subiiciantur, et invicem inducant contributionem; sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat, ut institutus; et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus.

Al contrario, se la porzione del sostituito è gravata oltre la misura, si ricongiungono entrambe le porzioni allo scopo della quarta Falcidia.

L. 87, § 5, *eod.* - Quodsi extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres extiterit, poterit dici, augeri legato, et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem ex asse heres extitisset, quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.

Finalmente quando ciascuna delle due porzioni è gravata, bisogna pôr mente quale sia la più gravata; se è quella del pupillo, le porzioni vengono divise e separatamente sottratta la *quarta*, se è quella del coerede, le due porzioni si compongono.

L. 87, § 8, *eod.* - Coheres pupillo datus si pro parte sua legata, habita legis Falcidia ratione, praestiterit, deinde impubere mortuo ex substitutione heres extiterit, et semis pupilli legatis exhaustus esset, ex integro legis Falcidiae ratio ponenda erit, ut contributis legatis, quae ab ipso, et quae a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat; licet enim pupillo heres existat, tamen circa legem Falcidiam, perinde ratio habetur, ac si patri heres extitisset. Nec aliter augebuntur legata, quae ab ipso ultra dodrantem data fuerant, quam augentur, quum ex parte heres institutus, et coeredi suo substitutus, deliberante coherede, legata, habita ratione legis Falcidiae, solvit, deinde ex substitutione alteram quoque partem hereditatis acquirat.

*b*) Quando furono lasciati i legati *in secundis tabulis*, ossia quando il padre ha gravato il sostituito in questa qualità, vengono congiunte le porzioni d'istituzione e di sostituzione, poichè il sostituito non è altro che l'istituito *sub conditione*.

L. 41, § 6, *de vulg. et pupill. subst.* (28, 6) - Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pura partem, et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus tametsi maximo coheres filio datus quadrantem integrum obtineret; nam et quum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit.

(1) *Confr.* L. 87, § 5; L. 11, § 7, *h. t.*

*c*) Finalmente quando i legati sono ordinati tanto *in primis* quanto *in secundis tabulis*, le porzioni vengono riunite, e da tutti i legati si sottrae una sola quarta Falcidia (1).

4°) Quando invece il pupillo è diseredato, allora si potrà dire sia gravato il sostituito, quando egli sia istituito nel testamento del padre. Ora la porzione del sostituito può essere gravata per legati fatti *in primis tabulis* o *in secundis tabulis*, ed in entrambi i casi vale la regola, che si ha riguardo all'eredità del padre e non a quella del pupillo; quando il sostituito sia gravato tanto in *primis* quanto in *secundis tabulis*, i legati sono insieme computati.

L. 87, § 7, *h. t.* (35, 2) - Qui filios impuberes duos habebat alterum heredem instituit, alterum exheredavit, deinde exheredatum instituto substituit, ac postea exheredato Maevium, et ab eo legavit, et exheredatus patri impuberi extitit heres, deinde impubes decessit; quum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum pervenient, potest dici, legata ab eo relicta praestanda esse, habita ratione legis Falcidiae in his bonis quae pater mortis tempore reliquerit. Nec huic contrarium est, quod, quum exheredato pater legatum dederit nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit. Dicet aliquis, quid ergo si exheredatus filius non ex substitutione fratri suo heres extiterit sed aut lege, aut per interpositam personam atque ita impubes decesserit, sic quoque existimandus erit substitutus legata debere? Minime, nam quantum intersit, exheredatus filius ex substitutione fratri, suo heres existat, an alio modo, vel ex eo apparet quod alias non potuit. Est igitur rationi congruens ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat (2).

## § 106. — *Calcolo della quarta Falcidia.*

BIBLIOGRAFIA.

Cuiacio, *Observ.*, VIII, 4. — Konopak, *Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcid. quart.*, Rostock 1811. — Fritz, *Beitrag zur Lehre von Berechnung der quarta Falcidia in Lohr's Magazin*, IV, v. 16. — Rosshirt, *Vermächt.* I, pag. 541. — Windscheid, III, § 652. — Vangerow, II, § 536. — Tewes, II, § 103. — Arndts, *Rechtslexicon*, VI, pag. 313. — Ferrini, op. cit., pag. 468, ss.



**400.** Per calcolare esattamente la quarta Falcidia è mestieri innanzi tutto conoscere l'esatto ammontare della eredità o della porzione ereditaria al tempo della morte del testatore.

§ 2, *Inst.*, *de Leg. Falc.* (2, 22) - Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si aut aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut, centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit; sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis

(2) Vangerow, § 535, nota; Idem, *Archiv f. civil. Praxis*, XXXVI, pag. 376. Vedi Ferrini, op. cit., pag. 436, ss.

forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur: nec ex res damnosa est heredi, cui liberum est non adiri hereditatem; quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

È necessario dunque formare la massa, stabilendo esattamente in cifra determinante l'attivo e il passivo della eredità.

Nell'attivo sono da computarsi tutti i *corpora hereditaria* secondo il loro prezzo venale, ovvero secondo una stima.

L. 42, *h. t.* (35, 2) - In Falcidia aestimatio pretii rerum ex veritate facienda est.

L. 62, § 1, *eod.* - Corpora, si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est secundum praesens pretium; nec quidquam eorum formali pretio aestimandum esse sciendum est (1).

I crediti certi e sicuri devono essere registrati nella loro integrità, e ciò anche per quelli, per cui era obbligato lo stesso erede, non importa che il debito di lui si sia estinto per confusione.

L. 1, § 18, *h. t.* - Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei, quod debet, quamvis aditione confusum sit.

L. 63, § 1, *eod.* - Cuius debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest (2).

Se vi sono crediti sotto condizione, in generale non potrebbero essere computati nell'attivo, essendo essi incerti. Però possono esservi computati, ma il legatario deve prestare cauzione, se il credito manca, diminuendosi così il patrimonio, di restituire all'erede ciò che in questa evenienza esso erede dovrebbe sottrarre per quarta Falcidia.

L. 73, § 1, *eod.* - Magna dubitatio fuit de his, quorum conditio mortis tempore pendet, id est, an, quod sub conditione debetur, in stipulatoris bonis adnumeretur, et promissoris bonis detrahatur. Sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere; aut cautionibus res explicari potest ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tanquam pure debeatur, aut ita, tanquam nihil debeatur. Deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut existente conditione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint.

Non sono computati i crediti i cui debitori sono insolvibili, e i crediti puramente naturali (3).

Pur non di meno si può domandare cauzione per quanto per avventura si possa esigere da questi crediti.

Nel passivo devono computarsi tutti i debiti ereditarii anche quelli dovuti allo stesso erede, sebbene si siano estinti per confusione.

§ 3, *Inst.*, *de lege Falcid.* (2, 22) - Quum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa, et pretia servorum manumissorum; tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione eius, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi: quodsi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi: quodsi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet; ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde, quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

L. 6, C., *h. t.* (6, 50) - In ponenda ratione legis Falcidiae omne aes alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit quamvis aditione hereditatis confusae sint actiones. - § 1. Omnia autem legata quamvis in operibus publicis conficiendis statuisque ponendis data sint ad contributionem dodrantis pro rata suae cuiusque quantitatis revocantur. - § 2. Nec si quid ultro solidum heres praestiterit aut perfecerit legitimae computationi praeiudicatur (4).

Come per i crediti *sub conditione*, così rispetto ai debiti, questi possono essere computati nel passivo, salvo cauzione da parte dell'erede al legatario di restituire quello che sottrae dalla quarta Falcidia pel caso che la condizione non si avveri e perciò si eleva l'attivo della eredità.

Sono da computarsi nel passivo della eredità le spese dei funerali e le altre spese ereditarie.

L. 1, § 19, D. *h. t.* (35, 2) - De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. Et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumenti, quae impensa, quantam testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit, non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumtum est, deducendum; nam eius quod in exstructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam, nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura; idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum (5).

401. È difficile il calcolo della quarta Falcidia quando si tratta di legati di rendita ed usufrutto, specialmente se rilasciati a persone giuridiche. Intorno a ciò bisogna considerare i seguenti casi:

*a*) Se fu lasciato un legato ad un ente morale, si avrà per legato un capitale, di cui il quattro per cento forma la somma annuale legata.

L. 3, § 2, *h. t.* - Item si Reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat, tantum videri legatum quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae quae legata est, colligendas.

*b*) Se annui legati, alimentari o di usufrutto furono l'obbietto del legato, le leggi stabiliscono una proporzione secondo la probabile età del legatario, e precisamente: se si tratta di alimenti da 1 fino a 20 anni, si calcolano per 30 anni; da 20-25, anni 28; da 25-30, anni 25; da 30-35, anni 22; da 35-40, anni 20; da 40-50 si computano tanti anni per quanti ce ne vogliono per giungere a 60 meno 1; da 50-55, anni 9; da 55-60, anni 7; dai 60 in poi, anni 5. Se si tratta di usufrutto da 1-30, anni 30, e dai 30 altrettanti anni quanti mancano per giungere ai 60.

L. 68, *h. t.* - Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimumquintum, annorum vigintiocto; ab annis vigintiquinque usque ad annos triginta, annorum vigintiquinque; ab annis triginta usque ad annos

(1) L. 42, *h. t.*; L. 73, § 1, *eod.*; L. 6, C. (6, 50), *confr.*; L. 63, pr., § 2, *h. t.*

(2) L. 73, § 4, *eod.*

(3) L. 1, § 17; L. 21, pr., *Quando dies legat.* (36, 2); L. 63, § 1; L. 82, pr., *h. t.* (35, 2).

(4) L. 39, *h. t.*, confr.; L. 54, 81, § 1, 2, *eod.*

(5) L. 2, 72, *eod.*; § 3, *Inst.*, cit.; L. 22, § 9, C., *de iure deliberandi*; L. 1, § 9, C., *h. t.* (6, 30); confr.: L. 14, § 3, *de relig.* (11, 7).

trigintaquinque, annorum vigintiduo; ab annis trigintaquinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remissi duo anni; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum annorum novem; ab annis quinquagintaquinque usque ad annum sexagesimum annorum septem; ab annis sexaginta cuiuscumque aetatis sit, annorum quinque; eorum nos iure uti, Ulpianus ait, et circo computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri; ab annis vero triginta tot annorum computationem iniri, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; numquam ergo amplius, quam triginta annorum computatio initur. Sic denique, et si Reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad Idos, triginta annorum computatio fit. - § 1. Si quis ex heredibus rem propriam esse contendat, deinde hereditariam esse convincatur, quidam putant, eius quoque Falcidiam non posse retineri, quia nihil intersit, subtraxerit, an hereditariam esse negaverit; quod Ulpianus recte improbat.

Questo calcolo è necessario nel concorso di più legatarii, onde fa bisogno calcolare la *quarta* rispetto a tutti, ovvero quando già la prestazione del primo anno offenda la quarta dell'erede; se no, le annualità devono esser pagate per intiero, e solo giungendo all'annualità che lede la *quarta*, in un modo retrogrado si diminuiscono le prestazioni di ogni singolo anno.

Leg. 47, *h. t.* - Lex Falcidia, si interveniat, in omnibus pensionibus locum habet. Sed hoc ex postfacto apparebit ut puta in annos singulos legatum relictum est; quamdiu Falcidia nondum locum habet integrae pensiones annuae dabuntur; sed enim, si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam ultra dodrantem aliquid debetur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur. - § 1. Nunquam legatarius vel fideicommissarius licet ex Trebelliano Senatusconsulto restituitur ei hereditas utitur legis Falcidiae beneficio (1).

Fatto questo inventario, la massa dei legati, se supera le tre quarte parti, si riduce in modo che resti libera la quarta parte dell'eredità all'erede.

**402.** La quarta Falcidia è una *pars hereditatis* e per conseguenza l'erede è obbligato ad imputare qualche cosa nella sua parte.

1° L'erede come diretto successore è obbligato ad imputare nella sua quarta tutto ciò che lucra dalla eredità *titulo universali*, e non ciò che guadagna *titulo singulari*.

L. 91, *h. t.* - In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam hae in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel deducere, vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut Divus Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est; si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse; et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, ut quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur (2).

(1) L. 55, *h. t.* Vedi Ferrini, op. cit., pag. 483, ss.
(2) L. 74, *eod.*
(3) L. 11, pr.; L. 50; L. 51, *eod.*

Vanno compresi in questi lucri a titolo universale tutti i legati nulli, sia che tali fossero dal principio, sia che addivenissero invalidi in seguito.

L. 76, § 1, *h. t.* - Qua ratione placuit, legata, quae legatarii non capiunt, quum apud heredes subsederint, hereditaria iure apud heredes remanere intelligi, et ideo quadranti imputanda; nec quidquam interesse, utrum statim ab initio legatum non sit, an, quod legatum est, remanserit (3).

Va compreso in questi lucri ereditarii ciò che l'erede prelegatario è obbligato a pagare a sè medesimo.

2° Relativamente ai frutti bisogna distinguere quelli raccolti nel tempo della eredità giacente e quelli raccolti dopo l'adizione della eredità. I primi non devono mai essere imputati nella quarta Falcidia e vanno tutti in beneficio dell'erede, formando essi un accrescimento della eredità; e ciò ancora per il noto principio fondamentale, che cioè il patrimonio per la quarta deve calcolarsi alla morte del testatore, nè deve variare per qualunque mutamento seguito di poi.

L. 30, pr., *h. t.* - In ratione legis Falcidiae mortes servorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium, praedonum, latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcumque damnum, si modo culpa legatarii careant, heredi pereunt; quemadmodum ad heredis lucrum pertinent fructus, partus ancillarum, et quae per servos acquisita sunt, ut stipulationes, rerum traditiones legata, hereditatesve his datae, ceterae donationes, item servitutes, quibus liberata praedia pretiosiora fierent, actionesque acquisitae, ut furti, damni iniuriae, similesque, quorum nihil in rationem legis Falcidiae cadit (4).

Quanto ai frutti raccolti dopo l'adizione della eredità, bisogna osservare:

*a*) Se il *dies legati venit* nello stesso momento dell'adizione, ed il legato non è soddisfatto, i frutti raccolti da questo momento fino al pagamento del legato restano come obbligo dell'erede rispetto al legatario.

*b*) Al contrario se il legato è condizionato o con determinazione di tempo, l'erede deve imputare nella sua quarta i frutti e gl'interessi scaduti dal tempo dell'adizione della eredità fino al pagamento del legato medesimo.

L. 15, § 6, *h. t.* - Fructus praediorum sub conditione verbis fideicommissi relictos, in causam fideicommissi non deductos heres in ratione Falcidiae sic accepta facere sibi cogitur, ut quartam, et quartae fructus ex die mortis bonorum, quae mortis tempore fuerunt habeat. Nec ad rem pertinet, quando Falcidiae lex admissa sit; nam etsi maxima post impletam conditionem fideicommissum locum habere coepit, tamen ex die mortis fructus quadrantis apud heredem relinqui necesse est (5).

**403.** Non è da imputarsi nella quarta ciò che un coerede o un legatario paga *conditionis implendae causa*.

L. 76, pr. - Id autem, quod conditionis implendae causa vel a coherede, vel a legatario, vel a statulibero datur, in Falcidiae non imputatur, quia mortis causa capitur. Sane si a statulibero peculiares nummos accipiat pro sua parte quadranti eos imputare debet, quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intelligitur.

Egualmente non è da computare nella quarta tutto ciò che l'erede lucra dalla eredità, però non direttamente, ma per mezzo di un atto giuridico da lui com-

(4) L. 73, pr. *h. t.*; § 2, *Inst.*, *h. t.* (2, 22).
(5) L. 24, § 1; L. 88, § 1, *h. t.*

piuto, p. e.: tutto ciò che l'erede abbia aumentato con la sua buona amministrazione.

L. 3, pr., § 1, *h. t.* - Si heres institutus eam hereditatem, quae solvendo non est, vendiderit, vix quidam poterit persuaderi, non fuisse eam hereditatem solvendo, quae emtorem invenerit; vero autem ratione nihil legatariis debebitur, quia magis ex stultitia emtoris habere videtur heres institutus, quam ex bonis defuncti. Nam et e contrario, si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimentum; ita ergo commodum debet esse heredis, si bene res administraverit. - § 1. Sed et si is, qui solvendo non est, legaverit, et heres eam creditoribus deciderit, ne solidum solveret, et ob eam decisionem factum sit, ut aliquid retineret, nihil tamen legatariis debiturum, quia eam pecuniam non ex hereditate, sed ex decisione habet.

È lo stesso per tutto ciò che l'erede ha ricevuto dal testatore per disposizione *inter vivos*, ammenochè non gli sia stato dato in contemplazione della quarta falcidia. Così pure per quello che l'erede abbia ricevuto dal testatore anche *mortis causa*, ma invece della quarta Falcidia.

L. 56, § 5, *h. t.* - Saepius evenit, ne emolumentum eius legis heres consequatur, nam si centum aureorum dominus vigintiquinque alieni dedisset, et eum instituerit heredem, et dodrantem legaverit, nihil aliud sub occasione legis Falcidiae intervenire potest, quia vivus videtur heredi futuro providere (1).

**404.** Nel caso di un legato reciproco tra coeredi vi è una eccezione alla regola generale, cioè, tutto ciò che un erede lucrò per legato, ossia *titulo singulari*, deve essere imputato nella quarta. Dato p. e.: che Tizio, lasciando un'eredità di 4000, istituisce Caio e Seio suoi eredi, ognuno per la metà; istituisce inoltre un legato in favore di Seio, a carico del suo coerede Caio, del valore di 2000; a carico poi di Seio ordina un legato di 500 in favore di Caio. In questo caso Caio è leso nella sua quarta di 500; i 500 ch'egli riceve da Seio come legato, mentre secondo la regola generale non dovrebbero essere imputati nella quarta, poichè qui vi è un legato reciproco, Caio è obbligato ad imputarveli, e così covrendosi della lesione, non ha ragione di sottrarre la quarta.

L. 22, pr. - Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Ex facto, domine, species eiusmodi incidit: Titiae filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius, quam extraneis, ut Falcidiae sit locus; quaero an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et si non possit, vel doli exceptione summovenda sit quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit. Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur, sed quum is, qui legatum praestiturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans, uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet (2).

## § 107. — *Mezzi giudiziarii relativamente alla quarta e casi in cui la quarta non è sottratta.*

405. Mezzi diversi secondo il modo come sono costituiti i legati, e secondo le diverse circostanze. — 406. Casi in cui l'erede non può sottrarre la quarta; per motivi esistenti nella persona del testatore; per motivi inerenti alla persona dell'erede; per natura speciale del legato. — 407. Conseguenze di tali eccezioni.

**405.** I. Quando i legati superano le tre quarte parti della eredità sono *ipso iure* diminuiti e quindi l'erede non ha obbligo di pagare quel tanto per cui viene lesa la sua quarta.

L. 73, § 5, *h. t.* - Ergo optimum quidem est, statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquantur; quodsi excesserit quis dodrantem pro rata portione per legem ipso iure minuuntur verbi gratia, si is, qui quadringenta in bonis haberit, tota ea quadringenta erogaverit, quarta pars legatariis detrahitur, si trecenta quinquaginta legaverit, octava; quodsi quingenta legaverit haberis quadringenta, initio quinta, deinde quarta pars detrahi debet, ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

Se l'erede ha in suo potere ancora la somma o la cosa legata, egli a causa della quarta Falcidia può avere il *ius retentionis*. E ciò specialmente quando si tratta di cose non divisibili.

L. 80, § 1, *h. t.* - Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae, itineris actusve; ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. Sed et si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum, neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fuisse intelligitur, qui ea propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit; quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint singuli in solidum tenentur. Haec itaque legata, qua dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.

Se il legato è sotto condizione, ovvero non è ben determinata la massa attiva della eredità, per vedere se i legati ledano o no la quarta, l'erede potrà ritardare il pagamento dei legati fino a tanto che il legatario non presti cauzione per l'eventuale restituzione della quarta.

L. 1, § 12, *h. t.* - Interdum omnimodo necessarium est, solidum solvi legatario interposita stipulatione: *quanto amplius, quam per legem Falcidiam ceperit reddi*, veluti si quae pupillo legata sint non excedant modum legis Falcidiae. Veremur autem, ne impubere eo mortuo alia legata inveniantur, quae contributione facta excedant dodrantem. Idem dicitur, et si principali testamento quaedam sub conditione legata sunt, quae an debeantur, incertum est; et ideo si heres sine iudice solvere paratus sit prospiciet sibi per hanc stipulationem (3).

Se l'erede per errore di fatto abbia pagato tutto intero il legato senza ridurre la quarta, ha il diritto di avere la restituzione di ciò che importa la quarta con la *condictio indebiti*.

L. 9, C. *h. t.* (6, 50) - Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; quia etiam si ius ignoraverit, cessat repetitio.

Se lo stesso testatore avesse trasmesso le cose legate al legatario, ovvero questi ne fosse venuto in possesso per altra via, l'erede può avere un *actio in factum*, ovvero in alcuni casi può esercitare l'*actio de dolo*.

L. 1, § 11, *h. t.* (35, 2). - Si legatarius possessionem nactus

(1) L. 90, *eod.*
(2) Tewes, II, § 103, pag. 327. Ferrini, op. cit., pag. 413.
(3) L. 31, *eod.*; L. 1, *Si cui plus quam leg. Falc.*; L. 3, 5, *eod.*

est, et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem, dabitur actio heredi, ut id, quod supra dodrantem est, afferatur (1).

L. 23, *De dolo malo* (4, 3) - Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando, vel quadam alia fallacia persuaserit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus, datur de dolo actio.

Se oggetto del legato è una cosa determinata che trovasi in possesso del legatario, l'erede potrà rivendicare quella parte che lede la quarta Falcidia, perchè il dominio della cosa legata è passato al legatario fino alla concorrenza delle tre quarte parti della eredità o della quota.

L. 26, pr. *h. t.* (35, 2). - Lineam margaritorum trigintaquinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat, mortis tempore; quaero, an ea linea heredi restitui debere propter legem Falcidiam. Respondit, posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Dall'altra parte se la cosa legata essendo in possesso dell'erede fosse rivendicata dal legatario, l'erede ha la eccezione di condominio relativamente alla parte che dovrebbe sottrarre per legge Falcidia.

Quando il legatario si mette in possesso arbitrariamente della cosa legata, l'erede ha l'*interdictum quod legatorum* (§ 100).

**406.** II. Alle regole generali or ora esposte vi sono molte eccezioni, per cui l'erede non può sottrarre la quarta Falcidia.

I motivi della eccezione possono trovarsi nelle condizioni personali del testatore, o dell'erede, ovvero nella qualità stessa del legato.

1° Per motivi esistenti nella persona del testatore si notano nelle leggi i seguenti casi:

*a*) Per privilegio non è permesso di sottrarre la quarta nella successione aperta per testamento militare.

L. 7, C. *h. t.* (6, 50) - In testamento quidem militis ius legis Falcidiae cessat. Sed ea, quae ad vos pertinentia defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt, et ideo recte rationem eorum, ut aeris alieni, habere desiderabitis (2).

Se un soldato avesse ordinati prima legati militari nel testamento, e quindi formatine altri pagani, dai secondi si potrà sottrarre la quarta Falcidia, la quale però non sarà la quarta parte dell'eredità, ma di ciò che avanza, soddisfatti i legati militari. Nel caso poi che i legati del testamento militare esauriscono tutto il patrimonio, saranno proporzionalmente diminuiti sol di tanto che basti a soddisfare quelli del testamento pagano.

L. 17, § 4, *De test. mil.* (29, 1) - Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, et intra annum missionis moriatur, plerisque placet, in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt; ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legis Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse (3).

*b*) Nel diritto anteriore a Giustiniano, il testatore non poteva vietare l'esercizio nascente dalla quarta Falcidia (4); ma Giustiniano concesse al testatore anche questa facoltà; in guisa che la quarta non si può sottrarre contro la volontà del testatore.

Nov. I, Cap. 2, § 2 - Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quaedam iuste et pie relinquenti, lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem, et non videri sine lucro huismodi esse hereditatem, aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis, et coheredibus, et fideicommissariis, et legatariis, et servis, et iis, qui ab intestato sunt, et aliis, secundum prius a nobis inventam in tabulis viam.

È controverso se, secondo questa disposizione, il divieto del testatore debba essere espresso, oppure è sufficiente che esso si rilevi dal contesto della disposizione testamentaria, di guisa che basti che il testatore abbia con un fedecommesso imposto all'erede di restituire tutta la eredità, perchè si debba intendere che il testatore abbia voluto impedire di sottrarre la quarta Trebellianica.

La comune opinione, fermandosi alla lettera del testo citato, crede necessaria una espressa dichiarazione del testatore. Altri invece credono che il divieto possa essere tacito fino al punto or ora determinato (5).

Oggi si ritiene dai più una opinione intermedia e si riconosce essere sufficiente che la espressione del testatore sia tale da potere con sicurezza argomentare la volontà sua di volere che l'erede non sottragga la quarta Falcidia (6).

2° Non si sottrae la quarta per motivi inerenti alla persona dell'erede:

*a*) Quando questi espressamente o tacitamente vi rinuncia; ossia tanto se egli promette di pagare i legati senza far uso della legge Falcidia, quanto s'egli scientemente abbia soddisfatto tutto intero il legato; e ciò anche indipendentemente dal fatto s'egli abbia effettivamente pagato il legato, ovvero abbia solo promesso di pagare senza sottrarre la quarta.

L. 15, § 1, *h. t.* (35, 2) - Frater, quum heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset praestaret; privatorum cautione legibus non esse refragandum constituit; et ideo sororem iure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam.

L. 1, C. *h. t.* (6, 50) - Scire debet, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendae portionis exhiberes, non videri plus debiti solutum esse.

L. 19, C. *eod.* - Quum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem legis Falcidiae pretendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, iubemus, hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integro legatorum solutione fecerit; quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque etenim casu, id est sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur (7).

Se una tale promessa non di meno fu fatta durante la vita del testatore, l'erede non ne resta obbligato, poichè non è possibile accettazione o rinuncia circa l'eredità di un vivente.

(1) L. 9, § 5, *De iur. et fact. ignor.* (22, 6).
(2) L. 12, C. *De test. mil.* (6, 2); L. 3, § 1, *ad SC. Trebell.* (36, 1).
(3) L. 17, 92, 96, *h. t.*
(4) L. 15, § 8, *h. t.*
(5) Marezoll *in Löhr's, Magazin*, IV, pag. 354. Neuner, *Hered. inst. ex re certa*, pag. 117.

(6) Arndts, *Civil. Schrif.*, II, pag. 460. Vangerow, § 538, nota 1-2. Sintenis, *Prach. Civilr.*, § 215, nota 44. Windscheid, § 651, nota 1. Tewes, II, § 105. Ferrini, op. cit., pag. 327, ss.

(7) Confr., L. 46, 71, *h. t.*; L. 20, § 1, *De donat.* (39, 5); L. 9, § 5, *De iur. et fact. ignor.* (22, 6).

*b*) In molti casi viene negato per pena all'erede di sottrarre la quarta e propriamente:

*c*) Quando egli trascura di fare l'inventario.

L. 22, § 14, C. *De iur. delib.* (6, 30) - Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit, necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omnia subtilitate facere, non liceat ei post tempus prestitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur. Quum enim gemini tramites inventi sunt, unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit, alter autem rudis et novus a nostro nomine repertus, per quem et adeuntes sine damno conservantur, electionem ei damus vel nostram constitutionem eligere et beneficium eius sentire, vel, si eam aspernandam existimaverit et ad deliberationis auxilium convolaverit, eius effectum habere; et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur, et non secundum modum patrimonii, sed etsi exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen. Et ideo et in ipsam deliberationis dati uem et divinum rescriptum super hoc promulgandum hoc adiici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur. Quod si post deliberandum recusaverit inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitate earum sacramento rei accipientium manifestanda cum taxatione tamen a iudice statuenda (1).

*d*) Quando egli con frode tenta di far perdere il diritto al legatario, come quando invola le cose legate; nel qual caso è regola che dal fisco venga sottratta la quarta che spetterebbe all'erede, onde quella porzione è considerata come non appartenente alla eredità.

L. 59, pr., *h. t.* (35, 2). - Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat (2).

*e*) Anche l'erede fiduciario perde il diritto alla quarta Trebellianica quando sia stato costretto ad adire l'eredità.

L. 4, *ad SC. Trebell.* (36, 1) - Quia poterat fieri, ut heres institutus nolit adire hereditatem, veritus, ne damno afficeretur, prospectum est, ut si fideicommissarius diceret, suo periculo adiri et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a Praetore adire, et restituere hereditatem; quodsi fuerit factum, transeunt actiones ex Trebelliano, nec quartae commodo heres in restitutione utetur. Nam quum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni commodo arcebitur, nec interest, solvendo sit hereditas, nec ne; sufficit enim recusari ab herede instituto, neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas, an non sit. Opinio enim, vel metus, vel color eius, qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis; nec immerito, non enim praescribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire, vel cur nolit, quum variae sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam aeris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hereditas relicta est, sine onere tamen suo (3).

3° Finalmente non si sottrae la quarta Falcidia per la natura speciale del legato:

*a*) Nei legati di libertà.

(1) Nov. 1 e 2.
(2) L. 6, *De his, quae ut ind.* (34, 9); L. 24, pr., *h. t.*
(3) L. 14, § 4; L. 27, § 14, *ad SC. Trebell.* (36, 1).

L. 33, *h. t.* (35, 2) - Si servus tibi legatus sit, cumque rogatus sis manumittere, nec praeterea capias, unde quartam, quae per Falcidiam retinetur, recipere possis Senatus censuit cessare Falcidiam (4).

*b*) Nei legati di quelle cose le quali non hanno veramente un valore, come i legati di documenti.

L. 15, C. *h. t.* (6, 50) - Si praediorum dotis apud te iure, remanentis instrumenta vel his precariis vel testamento, vel codicillis uxor tibi dari mandavit, eius iudicium successores implere compellentur, quum instrumentis praediorum domino relictis Falcidia nulla potest intervenire quaestio.

*c*) Nel *legatum debiti.*

L. 57, D. *h. t.* (35, 2) - Quum dotem maritus alieni legaverit, ut uxori restituatur, non habere legem Falcidiam locum dicendum est; et tam in plerisque ita observatur, ut omissa interposita, capientis persona spectetur (5).

*d*) Nei legati diretti a soddisfare o compiere la porzione legittima.

L. 36, pr., C. *De inoff. test.* (3, 28) - Scimus antea constitutionem relatam fuisse, qua cautum est, si pater minorem debita portione filio suo reliquisset omnimodo, etsi non adiiciatur viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem. Quaerebatur itaque, si quis rem donatam vel inter vivos, vel mortis causa, vel in testamento relictam agnoverit, et pro parte sua habuerit, deinde eadem res evicta vel tota, vel pro parte fuerit, an debeat ex nostra constitutione pars legitima post evictionem suppleri; vel si ex lege Falcidia minuantur legata, vel fideicommissa, vel mortis causa donationes, debeat tamen et ex hoc casu supplementum introduci; ne, dum totam Falcidiam accipere heres nititur, etiam totum commodum hereditatis amittat. Sancimus itaque, in omnibus istis casibus, sive in totum evictio subsequatur, sive in partem, emendari vitium, et vel aliam rem vel pecunias restitui, vel repletionem fieri, nulla Falcidia interveniente, ut, sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscumque causa interveniens aliquod gravamen imponat vel in quantitate, vel in tempore, hoc modis omnibus repleri, et nostrum iuvamen purum filiis inferri; repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione, vel ex iure accrescendi, ut, puta ususfructus; humanitatis etenim gratia sancimus, ea quidem omnia quasi iure adventitio eum lucrari, repletionem autem ex rebus substantiae patris fieri (6).

*e*) Nei legati di quelle cose, che il marito ha provveduto alla moglie.

L. 81, § 2, *h. t.* (35, 2) - Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emtae, paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est.

*f*) Finalmente nei legati ad *pias causas.*

Nov. 131, cap. 12. - Si autem heres, quae ad pias causas relicta sunt, non impleverit, dicens, relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, praecipimus omni Falcidia vacante, quidquid invenitur in tali substantia, proficere provisione sanctissimi locorum episcopi ad causas, quibus relictum est.

**407.** Quando il legato è dispensato da questa riduzione le conseguenze di una tale eccezione possono essere di tre specie.

*a*) O l'erede a cagione di una simile eccezione ha facoltà di ridurre più fortemente gli altri legati tanto da rinfrancarsi di quel che non potette del primo ridurre: questo caso è rammentato dalla legge Falcidia.

(4) L. 35, 36, § 3, *eod.*
(5) L. 81, § 1, *eod.*
(6) Confr., L. 87, § 4, *De legat.* (31).

L. 88, § 1, 2, *h. t.* (35, 2) - Quid ergo dicemus, si ducenta legavit, et tibi similiter sub eadem conditione ducenta legata esse proponantur? Nam aut extitisse, aut defecisse legati tui conditionem, ut aut totum, aut nihil tibi debeatur, et iniquum, et contra voluntatem testatoris existimabitur; rursus partem deberi, ratione non congruit, quando necesse est, totius legati conditionem vel extitisse, vel defecisse; ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit. - § 2. Quare, quum quis tale quid consequi velit, sic consequentur: *si quo amplius legavi, vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tunc quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet ex eo legato, quod Titio dedi, heres meus pamnas esto dare* (1).

*b*) O la eccezione del legato va esclusivamente a carico dell'erede, di guisa che questi potrà sottrarre solo la quarta rispetto agli altri legati non eccettuati: questo avviene quando l'erede in favore del legatario rinuncia al suo diritto di sottrazione, o quando tale diritto è tolto all'erede come indegno.

L. 24, pr., *h. t.* (35, 2) - Falcidiae legis rationem, si haberi oportet, ita habendam, ac si hae res, quae ab herede subtractae sunt, in hereditate relictae non fuissent (2).

*c*) O finalmente l'eccezione di cui si tratta può avere la conseguenza che il legato privilegiato si prelevi anteriormente dall'eredità come fosse un debito di questa, e l'erede, se è il caso, farà uso della legge Falcidia proporzionalmente alla successione così ridotta sopra gli altri legati. Questo avviene massimamente nella successione di un soldato che ha lasciato legati nel testamento militare, ed altri da pagano.

L. 17, § 4, *De test. mil.* (29, 1) - Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam, et intra annum missionis moriatur, plerisque placet, in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamenti confirmati sunt; ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legis Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse (3).

È lo stesso pei legati ad *pias causas* (4); pei legati di quelle cose che il marito ha appositamente procurate alla moglie.

L. 81, § 1, 2, *h. t.* (35, 2) - Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur. - § 2. Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emtae, paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est (5).

Finalmente si ha la medesima conseguenza per quei legati, i quali sono destinati a soddisfare o compiere la porzione legittima.

### Della nullità dei legati.

### § 108. — *Nullità a causa del testamento.*

Bibliografia.

T., D. *Si quis omissa causa testamenti* (29, 4). T., C. *Si omissa sit causa testamenti* (6, 39).

Francke, *Wann werden Vermächtnisse ungültig durch das Wegfallen des damit Beschwerten, Beitrangen*, I, pag. 136. — Mülenbruch *in Glück*, XLIII, pag. 449. — Tewes, II, § 90. — Ferrini, op. cit., pag. 546, ss.

408. Momento in cui si giudica la nullità del legato. — 409.

(1) L. 6, *fin. de fideicomm. libert.* (40, 5).

(2) L. 46, 59, 71, *eod.*; L. 6, *De his quae ut indign.* (34, 9).

(3) L. 18, *eod.*; L. 17, 92, 96, *h. t.*

(4) Nov. 131, cap. 12, cit. innanzi.

(5) 87, § 4, *De legat.* (31); L. 36, C. *De inoff. test.* (3, 28). Confr., L. 22, § 1, 2, *h. t.* Vedi Arndts, *Pand.*, § 567. Vangerow, op. cit., § 538, In contr.: Puchta, *Pand.*, § 549.

Quando il legato è valido non ostante la nullità del testamento; dell'editto *si omissa causa testamenti*.

**408.** Quando il testamento è nullo, sia che fosse nullo dal principio, sia che s'invalidi di poi, o perchè addiviene *irritum* o *destitutum*, o per un vizio relativo alla istituzione di erede, sono egualmente nulli i legati in esso ordinati.

L. 1, § 1, *De legat.* (32) . . . . - Haec utique nemo credet in testamentis nos esse probaturos, quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet, sed si alias fideicommissum quis reliquerit.

L. 181, *De reg. iur.* (50, 17) - Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.

L. 81, *De legat.* (31) - Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset, non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis, et testamentum aliquo casu irritum factum sit, filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento praestare compelli non possunt (6).

**409.** A questa regola generale si riconoscono delle eccezioni, per cui i legati restano validi tuttochè il testamento dove sono ordinati è nullo.

1° Quando nel testamento vi è la clausola codicillare.

2° Quando l'erede istituito nel testamento è gravato di legati, e nel medesimo tempo è erede *ab intestato*, nel caso che egli per defraudare i legatarii, ripudii la eredità testamentaria per accettare la eredità *ab intestato*, è obbligato da un editto del Pretore a pagare i legati. In virtù di questo editto: *si quis omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* (7), si concede al legatario un'azione contro l'erede.

L. 1, pr., *h. t.* (29, 4) - Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur. § 6. Praetermittere est causam testamenti, si quis repudiaverit hereditatem. § 13. Si quis per fraudem omiserit hereditatem, ut ad legitimum perveniat, legatorum petitione tenebitur (8).

La eredità bisogna che sia venuta per una qualunque causa, sia direttamente sia indirettamente in buona o in mala fede, nel possesso dell'erede gravato; in tutti questi casi il Pretore concede l'azione come se l'erede gravato avesse acquistata la eredità testamentaria.

L. 1, § 1, *h. t.* (29, 4) - Et parvi refert, utrum quis per semetipsum, an per alium acquirere potuit hereditatem; nam quomodocumque potuit, si non acquisivit hereditatem, in ea causa est, ut incidat in Edictum Praetoris. § 7. Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt, quidquam facit; quodsi postea miscuerunt, ex testamento videntur heredes, nisi si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint bonorum possessionem, hic enim incident in Edictum. § 8. Qui sub conditione institutus heres potuit parere conditione, nec paruit, quum conditio talis sit, ut in arbitrio sit heredis instituti, deinde ab intestato possideat hereditatem, debebit Edicto teneri, quia eiusmodi conditio pro pura debet haberi.

L. 30, *eod.* - Qui omissa causa testamenti pro emtore, vel pro dote, vel pro donato sive alio quolibet titulo, exceptis pro herede et pro possessore, possideat hereditatem, a legatariis et fideicommissariis non convenitur.

(6) L. 2, § 3, *De iur. codicill.* (29, 7); L. 14, C. *De fideicomm.* (6, 42).

(7) T., D. (29, 4); T., C. *Si omissa sit causa testam.* (6, 39). Mülenbruch *in Glück*, XLIII, pag., 449.

(8) L. 4, 6, § 3, *eod.*; L. 8, § 9, *De inoff. testam.* (5, 2); L. 77, § 31, *De legat.* (31).

L. 13, *eod.* - Et si non totam aliquis hereditatem partemve eius, ex qua heres institutus est, ab intestato possideat, sed vel minimam portiunculam, vel etiam unam aliquam rem, tenetur hoc Edicto (1).

L'azione nascente dall'Editto può essere esercitata anche contro il terzo, il quale sia venuto in possesso della eredità a causa della omissione, specialmente se vi sia stata collusione coll'erede, o quando il terzo avesse conosciuta la istituzione dei legati.

L. 10, pr., *eod.* - Si non solus, sed cum a'io possidet hereditatem is, qui omisit causam testamenti, rectissime Iulianus ait, quod et Marcellus probat, dandam in ipsum quoque legatorum actionem utilem; nec enim aspernari debet, obesse sibi factum heredis scripti, cui etiam profuerit. Hoc autem ita est, nisi si pecuniam accepit is, qui omisit causam testamenti; tunc enim in solidum tenebitur.

Lo stesso si ha quando l'omittente avesse ottenuto un prezzo per la omissione della eredità; l'azione dell'Editto sarà diretta contro dell'erede perchè soddisfi il legato col prezzo allora ricevuto, ed *in subsidium* contro il terzo.

Può essere convenuto con quest'azione anche il *sublegatario*, il quale si fosse colluso coll'erede.

L. 4, § 2, *eod.* - Quamquam de heredibus institutis videatur Praetor loqui, attamen etiam ad alios haec res serpet, ut si sit legatarius, a quo fideicommissum relictum est, et hic id egisset, ut omittatur hereditas, doloque id fecit, conveniri debeat.

3° Rimangono ancora i legati, non ostante la nullità del testamento, quando il testatore abbia testato nell'erronea credenza che i suoi eredi legittimi fossero morti. Qui il testamento è nullo, ma gli eredi *ab intestato* sono tenuti a soddisfare i legati nel detto testamento contenuti. Ed altresì quando siasi formato un secondo testamento credendo erroneamente che l'erede istituito nel primo fosse morto; anche qui l'erede anteriore soddisferà i legati dell'ultimo testamento.

L. 28, *De inoff. test.* (5, 2). - Quum mater militem filium falso audiisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur; nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet (2).

4° Quando il testamento sia annullato dalla *bonorum possessio contra tabulas* resta efficace qualche legato.

5° Quando l'eredità sia vacante, il fisco è obbligato alla prestazione dei legati contenuti nel testamento.

L. 96, § 1, *De legat.* (30) - Quoties lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata, et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant.

### § 109. — *Nullità dei legati per sè medesimi, e della regola Catoniana.*

Bibliografia.

T., D. *De his, quae pro non scriptis habentur* (34, 8). — T., D. *De regula Catoniana* (34, 7).
Balduinus, *Ad regulam Catonianam* (*Heineccii Iurisprudentia Romana et Attica*, I, pag. 417). — Harnier, *De regula Catoniana*, Heidelberg 1820. — Arndts, *Die Catonianische Regel, civil. Schriften*, II, pag. 485. — Müller, *Besteht die Catonianische Regel in unserem heutiquo Recht noch fort?* in *Archiv. f. Praxis*, XIV, N. 13. — Rosshirt, *Einige Worte über die Regula Catoniana*, ibid., X, N. 14. — Vangerow, II, § 540. — Rivier, *De discrimine inter regulam Catonianam et eam quae* L. 29, *de reg. iur. continetur*, Berl. 1858. — Windscheid, III, § 638. — Tewes, II, § 89.

410. Casi di nullità dei legati per la deficienza di una condizione indispensabile alla loro esistenza. — 411. Concetto della regola Catoniana; applicazione di questa regola. — 412. Quando non è applicabile. — 413. Se la Catoniana è riconosciuta nella legislazione Giustinianea.

**410.** 1°) I legati sono nulli fin dal principio quando mancano di un requisito indispensabile alla loro esistenza. E così sono nulli di per sè:

*a*) Se il legatario era incapace, o non era in vita quando fu istituito il legato;

L. 4, pr., *h. t.* (34, 8) - Si eo tempore, quo alicui legatum adscribebatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto hoc habebitur.

*b*) Se fin dalla sua origine il testamento era invalido;

*c*) Se l'obbietto del legato non si poteva legare;

*d*) Se fu apposta una condizione tale che ne toglie l'effetto;

*e*) Se il legato fu istituito sotto il potere del dolo o della violenza.

**411.** 2°) Per questi motivi di nullità vale la regola Catoniana, il cui concetto è: che devesi supporre che il testatore sia morto appena testato; e per conseguenza se in un legato avvi un motivo d'invalidità, questo permane nonostante che il testatore non fosse morto veramente dopo testato, e che il motivo d'invalidità cessasse durante la vita di lui.

L. 1, pr., *h. t.* (34, 7) - Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti, tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere; quae definitio in quibusdam falsa est.

Volendo più da vicino considerare la regola Catoniana nelle sue applicazioni, si avrà che:

*a*) Quando siasi altrui legata puramente una cosa *extra commercium*, il legato rimane nullo, quantunque durante la vita del testatore quella cosa sia venuta in commercio.

*b*) Quando a qualcuno sia stata legata la cosa propria di lui, il legato rimane invalido, quantunque l'oggetto sia stato alienato durante la vita del testatore.

L. 89, *de hered. inst.* (28, 5) - Si socius heres institutus sit ex asse, et servo communi legetur pure sive libertate, hoc legatum non consistit; plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur, quoniam et proprio servo ab herede recte sub conditione legatur. Quare etiam heres institui sine libertate, ut alienus, socio herede scripto poterit, quia et proprius cum domino heres institui poterit.

*c*) Quando il testatore abbia lasciato qualche cosa al suo schiavo, il legato sarà sempre nullo, anche quando lo schiavo sia stato alienato o manomesso vivente il testatore.

Quando al legatario manca la *testamenti factio passiva* nel tempo che fu il legato istituito, il legato rimane sempre nullo, abbia pure il legatario acquistato la *testamenti factio* durante la vita del testatore.

(1) L. 1, § 9 a 13, *eod.*; L. 4, § 2; L. 7, *eod.*

(2) L. 92, *De hered. instit.* (28, 5).

Questo punto è alquanto controverso e specialmente in ciò, se cioè questo principio nasca veramente dalla regola Catoniana, ovvero sia un principio generale assoluto.

La questione assume una importanza pratica, quando si consideri che, non essendo applicabile la regola Catoniana ai legati condizionali, ne verrebbe la conseguenza che se si legasse qualche cosa ad un incapace, che non ha la *testamenti factio* attiva, sotto condizione, il legato sarebbe valido se al tempo dello avveramento della condizione il legatario acquistasse la capacità (1).

Questa opinione non è stata accettata e con ragione. Il principio surriferito, invero, non è applicazione della regola Catoniana, la quale si riferisce non alla mancanza della *testamenti factio* da parte del legatario, ma ad altra mancanza relativa alla validità dei legati nascenti da circostanze estrinseche. Ond'è che se il testatore avesse legato sotto condizione ad un incapace una cosa, il legato sarebbe sempre nullo, sebbene il legatario avesse, prima di avverarsi la condizione, riacquistata la *testamenti factio* passiva. Questo principio è riconosciuto dalla

L. 59, § 4, *de hered. inst.* (28, 5). - Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.

**412.** 3°) Questa regola Catoniana nei testamenti ha applicazione solamente per quei legati dei quali il *dies cedit* alla morte del testatore: nei legati di altra natura infatti, anche pensando che il testatore fosse morto dopo testato, poichè resterebbe non di meno un certo tempo utile, nel quale i vizii dei legati potrebbero essere tolti, la regola Catoniana è inapplicabile. Questo è il caso dei legati condizionali, nei quali il *dies cedit* non al momento della morte del testatore, ma all'avveramento della condizione.

L. 4, *h. t.* (34, 7) - Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere (2).

Oltre ai condizionali, vi sono legati, nei quali il *dies cedit* non al momento della morte del testatore, ma al tempo dell'acquisto della eredità; neppure ad essi la regola Catoniana potrà applicarsi.

L. 3, *h. t.* - Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.

Con tutto ciò è naturale il pensare, che quando nel testamento gli eredi istituiti non fossero estranei, ma *sui heredes*, poichè l'acquisto segue immediatamente nel tempo della morte del testatore, confondendosi questi due tempi, la regola Catoniana avrà valore anche riguardo alla seconda specie dei legati eccettuati.

**413.** Si è molto questionato se la regola Catoniana fosse ancora applicabile nella legislazione giustiniana, poichè alcuni hanno creduto ch'essa non avesse più vigore e che perciò avesse solo un'importanza storica.

(1) Ved. Thibaut, *System*, § 795, N. III.

(2) L. 41, § 2, *de legat.* (31).

(3) Guyet, *Abhandlungen*, n. 5. Thibaut, *Syst.*, § 956. Marezoll, *Zeitschrift f. Civil. und Process*, XI, pag. 270. Sintenis, III, pag. 727, nota 6.

Fondamento di questa opinione è, che la regola medesima non sia stata mai applicata ai fedecommessi, e quindi, avvenuta la parificazione dei legati e dei fidecommessi, la regola Catoniana non avrebbe più ragione di essere per la preponderanza nel nuovo diritto del carattere più mite dei fidecommessi (3).

Questa opinione meritamente non ha avuto seguito: innanzi tutto perchè se l'opinione fosse esatta, non si troverebbero in tutto il *corpus iuris* molti testi che parlano direttamente della regola Catoniana, e molto più un apposito titolo nelle Pandette. Credere che tutto ciò sia avvenuto per negligenza o per errore dei compilatori non è un argomento che merita considerazione. È vero che qualche testo accenna alla inapplicabilità della regola Catoniana ai fidecommessi (4), ma ciò si spiega facilmente secondo alcune particolarità naturali al carattere dei fedecommessi.

Quei testi non possono essere allegati per dimostrare che nei fidecommessi non vale la regola: *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest;* ma che per i fidecommessi, avendo essi per base la *nuda voluntas* del testatore, qualche volta l'*initium* è da stabilirsi diversamente che per i legati. Ciò però non si può dire più d'una volta, perchè gli stessi fedecommessi, avendo ottenuto da Costantino e da Teodosio una forma estrinseca, l'*initium* deve essere stabilito come nei legati al tempo della redazione della forma medesima.

In alcuni altri testi però la regola Catoniana si considera come applicabile.

L. 8, § 1, *de legat.* (32) - Servo heredis fideicommissum utiliter non relinquitur, nisi fidei eius commiserit, ut servum manumittat.

L. 4, C. *de legat.* (6, 37) - Servis testamento dominorum non data libertate, legatum seu fideicommissum relictum non valet, nec convalescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sunt.

L. 30, § 8, *ad leg. Falc.* (35, 2) - Quum lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso vel servo eius legata fideive commissa sunt. Alia causa est eorum, quae in die certa dantur; nam si libertatis dies coepit cedere ei debebuntur, et in contributionem veniunt. Ac ne ea quidem, quae quis servis suis inutiliter sine libertate legavit fideive commisit, in computationem eius legis cedunt.

In tutti questi testi, sebbene non si possa dimostrare direttamente la tesi che sosteniamo, pure indirettamente non si può negare essere completamente infondata la opinione contraria (5).

### § 110. — *Dell'ademptio vel translatio legatorum.*

**Bibliografia.**

T., *Inst. de ademptione vel translatione legatorum* (2, 21). — T., D. *De adimendis vel transferendis legatis, vel fideicommissis* (34, 4).

Gans, *Archiv. f. civil. Praxis*, I, n. 8. — Hepp, ibid., IX, n. 20. — Schrader, ibid., XXXIII, n. 1. — Rosshirt, *Vermächt*, I, pag. 429. — Vangerow, II, § 541. — Arndts, III, § 551, — Windscheid, III, § 640. — Tewes, § 92. — Ferrini, op. cit., pag. 562.

(4) L. 1, § 1 e 5; L. 7, § 2 (32).

(5) Harnier, l. c. Arndts, *Civil. Schriften*, II, pag. 513, ss. Vangerow, II, § 540, nota v. Tewes, § 89. Ferrini, op cit. pag. 551.

414. Nozione dell'*ademptio legati*. — 415. Circa l'*ademptio* parziaria ordinandosi legati a più persone dello stesso nome; interpretazione della L. 3, § 7, *de adem. legat.* e della L. 10, pr., *de reb. deb.* — 416. Nozione della *translatio legati*.

414. I. Il testatore, come può rivocare tutta intera la sua disposizione, testamento o codicillo, potrà ancora quando il voglia, rivocare ciascun legato. L'atto per cui il testatore rivoca il legato appellasi *ademptio legati*.

La rivocazione è espressa o tacita e segue in diversi modi: così quando si manifesta la volontà di rivocare il legato in un codicillo o in altro testamento, ovvero per mezzo di una dichiarazione verbale innanzi a due testimoni.

Pr., *Inst.*, *h. t.* (2, 21) - Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si, quod ita quis legaverit: *do. lego*, ita adimatur; *non do, non lego*, sive non contrariis, id est aliis quibuscumque verbis (1).

Così se il legato è ordinato in un codicillo, un altro codicillo più recente lo annulla, quando vi sia espressamente detto, ovvero quando la disposizione presa nel l'ultimo è incompatibile col legato costituito nel primo.

§ 3, *Inst.*, *de codicill.* (2, 25) - Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solemnitatem ordinationis desiderant (2).

Il testatore potrà altresì annullare il legato col cancellarne lo scritto, o distruggere la cosa legata, cambiandola di forma, vendendola senza bisogno, o esigendo il credito, se il legato era *nominis* o *liberationis*.

L. 16, *h. t.* - Nihil interest inducatur, quod scriptum est, an adimatur (3).

La rivocazione del legato è anche presunta dalla legge, specialmente quando tra il testatore e il legatario insorse inimicizia senza più riconciliarsi, quando il legatario ingiuriò pubblicamente il testatore, o quando lo stesso testatore in altro luogo del testamento disse ingrato il legatario.

L. 3, § 11, *h. t.* (34, 4) - Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur. Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est; sin autem levis offensa, manet fideicommissum. Secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita (4).

415. Qualche volta può esser dubbio (quando si è ordinato più legati a due persone dello stesso nome, e se ne è rivocato uno solo, accennando un nome senz'altra determinazione), quale dei due sia rivocato. Su questo proposito le fonti contengono due testi in aperta contraddizione tra essi. Imperocchè, mentre uno stabilisce la revoca di entrambi i legati, l'altro invece stabilisce la nullità della revoca e quindi la validità di entrambi i legati.

L. 3, § 7, *h. t.* - Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit utrique legatum debebitur; quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum.

L. 10, pr., *de rebus dubiis* (34, 5). - Si fuerit legatum relictum: *ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit*, si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei, *qui monumentum fecerit*, et plures fecerint, vel ei, *qui maximus natus est*, et duo pares aetate sint; sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis mei, vel quibusdam libertas relicta est; et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri: ademptionem autem in utrumque valere.

I tentativi per conciliare questi due testi sono stati molti e infruttuósi (5).

I primi poggiavano sulla distinzione se i due legatarii fossero stati nominati *coniunctim* o *disiunctim*; ma tali tentativi furono completamente abbandonati. Altri sostennero che bisognasse attenersi alla disposizione della L. 3, § 7, per la seguente ragione: che quel testo fino alla parola *debebitur* conterrebbe la opinione di Sabino e quel che segue: *dicemus neutri legatum*, sarebbe la contraria opinione di Ulpiano (6).

Altri si attengono alla disposizione della L. 10 cit., portando una modificazione al primo testo, leggendo *neutri* invece di *utrique*, modificazione già tentata dai Glossatori; ovvero cambiando la parola *debebitur* in *delebitur*; ovvero anche dopo la parola *debebitur* mettendo un punto interrogativo; ovvero infine, invece delle parole della L. 10, *ademptionem autem in utrumque valere*, leggendo: *in ademptione autem utrumque valere* (7).

Tutte queste correzioni sono più o meno arbitrarie, non essendo giustificate da nessuna edizione antica o moderna del *Corpus iuris*. La soluzione della questione può trovarsi in alcune regole generali per cui, rinunziando alla conciliazione dei due testi, si ritenga la disposizione più benigna del primo dei due testi citati. Imperocchè quando il dubbio cade sulla *ademptio*, e non si sa quale dei due legati sia stato revocato è conforme ai principii generali di diritto ritenere nulla la revoca per entrambi. Dato il caso che il testatore abbia legato 100 a Tizio, e poi abbia fatto un altro legato di 100 ad un altro, chiamato egualmente Tizio, ed abbia poi rivocato un legato di Tizio, senza accennare quale dei due, è evidente che i legati, validamente istituiti fin dal principio, restano nella loro piena validità, perchè l'erede non potrà mai provare quale dei due sia stato revocato. E ciò è conforme alle disposizioni della

(1) L. 3, § 11, *h. t.*; L. 22, C. *de fideicomm.* (6, 42).
(2) L. 6, § 1, *de iur. codicill.* (29, 7).
(3) L. 18, *h. t.* (34, 4); L. 11, § 12; L. 88, *de legat.* (32); § 12, *Inst. de legat.* (2, 20).
(4) L. 4, 13, 20, 22, 29, *h. t.*; L. 9, § 1, *de his quae ut indign.* (34, 9).
(5) Vedi Donello, *Comment. iur. civ.*, lib. VIII, *de reb. dub.* Roberti, *Animadvers. iur. civ.*, lib. III, cap. 16. Pothier, *Pand.* ad L. 3, § 7, *de adim. legat.* Maiansi, *Disput.*, II, § 359. Chesii, *De different. iur.*, c. 1 (*Heineccii, Iurisprudent. rom. et att.*, II, 614). Averani, *Interpret.*, IV, cap. 13, n. 14. Cujacii, *Recit. solenn.*, lib. XXXIV, tit. 5, *ad* L. 10 (*Eidict.*, *Prati*, VII, pag. 2343). Merillii, *Observ.*, IV, cap. 17. Faber, *De Div. reg. iur.* ad L. 56. Göschen, *Zeitschrift f. gesch. Rechtswissendchaft*, I, 6. Clüpfel, *in Archiv. f. civil. Praxis*, II, n. 7. Hepp, ibid., n. 20. Vangerow, II, § 541. Arndts, *Civil. Schrift.*, II, pag. 438. Huschke, *Zeitschrift f. Civil. u. Process. N. F.*, IV, 299. Riedel, ibid., XIII, 293. Maynz, § 441, not. 39, ss. Windscheid, *Iahrb. v. Sell.* I, 8. Ferrini, op. cit., pag. 568, ss.
(6) Klüpfel, l. c.
(7) Göschen, l. c., pag. 120.

L. 22, *de probationibus* (22, 2) - Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

Parimenti nella

L. 2, *de his quae pro non scriptis habentur*, è detto: Quae in testamento scripta essent neque intelligerentur, quid significarent, eo perinde sunt, ac si scripta non essent; reliqua autem per ipsa valent (1).

Ora nessun dubbio che i due legati a due persone del medesimo nome sono validamente istituiti; se c'è qualche cosa, che non si comprende è l'*ademptio*, non sapendosi a chi riferirla, e quindi sarà questa da ritenere come non scritta, mentre i legati restano nella piena validità. Se invece il dubbio cadesse non sulla *ademptio*, ma sulla *datio legati*, si riterrebbero nulli per la medesima ragione entrambi i legati (2).

**416.** II. Se il testatore non rivoca il legato, ma lo muta, si ha la *translatio legati*. Questo mutamento ha luogo in quattro modi:

1° O disponendo dello stesso legato in favore di altri;

2° O imponendolo a carico di un altro erede;

3° O mutando la cosa legata;

4° O finalmente sottoponendo a condizione un legato puro e semplice, ovvero, viceversa, riducendo a puro e semplice un legato condizionato.

L. 6, pr., *h. t.* (34, 4) - Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det, aut quum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, quod pure datum est, transfertur sub conditione.

§ 1, *Inst.*, *h. t.* (2, 21) - Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: *hominem Stichum quem Titio legavi, Seio do lego*, sive in eodem testamento, sive codicillis hoc fecerit; quo casu simul Titio adimi videtur et Seio dari.

Nella traslazione di un legato si comprendono sempre due cose: in prima una *ademptio*, inquantochè si revoca l'antico legato; in secondo luogo una istituzione di un nuovo legato (3).

Ora in ogni traslazione la revoca ivi inerente non ha bisogno di forma, essa avviene sempre; mentre la istituzione del nuovo legato invece del primo può non esser valida, se per esso vi ha bisogno di una certa forma. Se, p. es., il testatore, avesse legato il fondo Tusculano a Sempronio, e poi in una scrittura, senza alcuna forma, disponesse che quel fondo, invece che a Sempronio, fosse dato a Tizio, il legato fatto al primo è revocato, quello costituito per il secondo è nullo, perchè per esso eravi bisogno almeno di una forma codicillare.

L. 20, *h. t.* (34, 4) - Licet transferam legatum in eum, cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero, licet iis non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademptum.

Quando l'*ademptio* riguarda la condizione che si appone al nuovo legato, facendosi condizionato un legato puro e semplice, si ritiene che non verificandosi la condizione, l'antico legato resta nella sua validità, ammenochè non fosse chiara la volontà del testatore di rivocare in qualunque modo il primo legato.

L. 7, *h. t.* - Quodsi alii legetur sub conditione, quod alii pure datum est, non plene recessum videtur a primo, sed ita demum, si conditio sequentis extiterit; ceterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit, dicendum erit, a primo ademptum legatum.

Tutto ciò però quando l'*ademptio* riguarda non solo il mutamento della forma, ma ancora quello della persona. Che se al contrario si trattasse di rendere condizionale un legato puro e semplice, senza mutare la persona, il legato varrà sempre come condizionale, e quindi se la condizione è definita, il legato si annulla completamente.

L. 9, *h. t.* - Quum centum, quae quis pure reliquit, conditione adiecta iterum eidem legavit, si quidem quasi alium hanc summam esse voluit, et quod pure relictum est statim debebitur, et quod sub conditione adscriptum est, si conditio extiterit. Quodsi eandem summam mutata voluntate sub conditione reliquit, pura datio conditionalis effecta videbitur. Quare si in eodem testamento, in quo centum adscripserat, postea quinquaginta reliquerit, si quidem alia voluit esse haec quinquaginta, centum quinquaginta debebuntur, sin vero quinquaginta tantum deberi voluit, quinquaginta tantum debebuntur. Idem est, et si in codicillis id fuerit factum (4).

### § 111. — *Nullità dei legati per altri motivi.*

417. Altri motivi di nullità; perdita della *testamenti factio activa*; per deperimento della cosa; per *concursus causarum lucrativarum*.

**417.** Il legato si annulla per vari altri motivi, come la perdita della *testamenti factio* attiva da parte del testatore, la perdita della *testamenti factio* passiva da parte del legatario o la mancanza della sua persona, semprechè altri non gli subentri (5), la morte del legatario prima del *dies veniens*, o la perdita della capacità al tempo dell'acquisto.

L. 5, pr., *quando dies* (36, 2) - Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum (6).

Similmente per il deperimento della cosa legata, sempre che non debba risponderne la persona gravata.

§ 16, *Inst.*, *de legat.* (2, 20) - Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse (7).

Si annulla inoltre per *concursus causarum lucrativarum*; cioè quando il legatario abbia acquistata la medesima cosa legata per causa lucrativa anzi la morte del testatore.

§ 6, *Inst.*, *de legat.*, (2, 20) - Si res aliena legata fuerit, et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest: nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consecutus est; nam si rem, agere non

(1) Vedi L. 73, § 3, *de reg. iur.* (50, 17).
(2) Arndts, l. c. Vangerow, l. c. Tewes, II, § 92. Ferrini, l. c.
(3) L. 5, *h. t.*
(4) Confr., L. 24, pr., *h. t.*

(5) L. un., C. *de cad. toll.* (6, 51).
(6) Vedi sulla storia di questa regola Ferrini, op. citata, pag. 613, ss.
(7) L. 59, § 4, *de hered. inst.* (28, 5).

potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem agere potest (1).

Finalmente si annulla il legato mancando la condizione sotto cui fu ordinato, e per regola vi è sempre sottintesa la condizione che l'eredità non venga esaurita dai debiti; eccetto se l'erede avesse trascurato il beneficio dell'inventario.

L. 15, C. *de legat.* (6, 37) - Si universae facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali aut privato absumuntur, nihil ex his, quae testamento eius adscripta sunt, valere potest. Quodsi deducto debito in relictis bonis superfluum est, libertates impediri iuris ratio non permittit, quin etiam legata nec non fideicommissa salva lege Falcidia, praestanda sunt (2).

### Dei legati speciali.

§ 112. — *Del legato di cosa speciale (legatum speciei).*

Bibliografia.

T., I. *de legat.* (2, 20). — T., D. *de tritico, vino vel oleo legato* (33, 6). — T., D. *de instructo vel instrumento legato* (33, 7); *De penu legata* (33, 9). — *De supellectile legata* (33, 10). — *De auro, argento, etc., legatis* (34, 2).

Maiansio, *De legato rei alienae in disput.*, tom. I, n. 20; *De legato rei obligatae*, ibid., n. 21. — Mühlenbruch, *Ueber*, L. 57, *de legat.* (30), in *Archiv. f. civil. Praxis*, xv, n. 18. — Neuner, *Hered. inst. ex re certa.* — Mühlenbruch *in Glück*, xxi, pag. 350. — Arndts, ibid., xlvi, pag. 95, ss. — Tewes, ii, § 107.

418. Nozione del *legatum speciei*. — 419. Conseguenze di questo legato. — 420. Se viene legata una cosa speciale appartenente all'erede. — 421. Se la cosa appartiene ad un terzo; quando il *legatum rei alienae* è valido. — 422. Legato di una cosa appartenente al legatario.

**418.** Il *legatum speciei*, o la specie legata, riguarda il legato di una cosa certa individualmente determinata. Questo legato va regolato diversamente secondo che la cosa determinata appartiene al testatore, all'erede o al legatario, ovvero ad un terzo.

**419.** I. Se la cosa appartiene al testatore, si ha il vero caso dell'antico legato per *vindicationem*; e perciò dal *dies legati cedit* la proprietà passa immediatamente al legatario.

§ 2. *Inst., de legat.* (2, 20) - Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, per sinendi modum, per praeceptionem; et certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus diversum principum solemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quare cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse sapientes, et non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et quibuscumque verbis aliquid relictum sit liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypotecariam: cuius constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

L. 24, § 2, *de legat.* (30) - Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, quam fundo Titiano destinaret, id, quod adiectum est, exigi a legatario potest; et similis est causa alluvionis, et maxime si ex alio agro qui fuit eius, quum testamentum faceret, eam partem adiecit.

L. 42, *de usur.* (22, 1) - Herennius Modestinus respondit, fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipientur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem praeterisse dicatur (3).

La cosa passa al legatario con tutti i pesi inerenti. Ciò non pertanto bisogna tener presenti le seguenti regole:

*a*) Il diritto di servitù già infisso nel fondo legato passa al legatario col fondo medesimo; ammenocchè il testatore non l'avesse legato come *optimus, maximusque*, perchè in tal caso v'è l'obbligo da parte dello erede di liberarlo dalla servitù.

L. 72, § 3, *de legat.* (30) - Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quod si ita legatus sit: *uti optimus, maximusque*, liber praestandus est.

Se la servitù è stata costituita in favore di un fondo appartenente all'erede, bisogna che il legatario la ricostituisca, essendo stata per mezzo dell'adizione dell'eredità confusa.

L. 18, *de servitutibus* (8, 1) - In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

L. 117, § 4, *de legat.* (30) - Fundus legatus talis dari debet qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est; et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur, si vero fundo legato servitus non restituitur, actio ex testamento superest.

Se il diritto che pesa sul fondo legato è di tal natura da togliere al legatario tutto, o quasi, il godimento, come sarebbe un'enfiteusi, un usufrutto, una superficie, ovvero all'occorrenza tale godimento possa esser tolto in avvenire, come quando esista un diritto di pegno, l'erede non potrà far valere tali diritti reali contro il legatario.

L. 26, *de legat.* (31) - Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum servum legavit; non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usufructu.

L. 78, § 2, *eod.* - Dominus, herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat; diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet (4).

Se uno di questi diritti apparteneva invece ad un estraneo, e ciò era conosciuto dal testatore, l'erede sarà obbligato a liberare la cosa da quel diritto, ammenocchè non fosse chiara la contraria volontà del testatore.

§ 5, *Inst., de legat.* (2, 20) - Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet eam luere. Et hoc quoque casum idem placet, quod in re aliena ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse;

(1) § 18, *eod.* L. 22, § 2, *de legat.* (31). Confr., L. 88, *de legat.* (32); L. 22; L. 44, § 2-4; L. 65, § 2, *de legat.* (30); L. 79, § 2, *de legat.* (32).

(2) L. 22, § 5, C. *de iur. deliber.* (6, 30).

(3) L. 32-39, *de legat.* (31); L. 16-91, § 3-6, *de legat.* (32).

(4) L. 57, *de legat.* (30).

Rosshirt in tal caso ha sostenuto che l'erede dovesse prestare al legatario un'altra garanzia; ciò che è combattuto, e meritamente, da molti giuristi moderni, per la ragione che non risulta da nessun testo. Il testo delle *Sententiae receptae* di Paolo, III, 6, § 8, che è la base di tale dottrina, non fa al caso; perocchè in quel luogo si considera la ipotesi che la cosa non fosse legata allo stesso creditore ipotecario, ma al terzo. Vedi Arndts *in Glück*, XLVI, 144 ss.; Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 133; Unger, *Erbr.*, § 67, not. I; Tewes, II, § 107, pagina 338; Arndts Serafini, III, § 569, nota 2.

et ita Divi Severus et Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluit legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

Se invece tali diritti appartengono allo stesso legatario, essi si estinguono per confusione, come quando è pignorata la cosa allo stesso legatario. In tal caso la obbligazione garantita da quel pegno rimane integra, menocchè non fosse manifesta la volontà del testatore di pagare quella obbligazione per mezzo del legato.

L. 87, *de legat.* (31) - Creditorem, cui res pignoris iure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur (1).

**420.** II. Quando vien legata una cosa speciale dell'erede, col *dies veniens*, ossia coll'accettazione dell'eredità da parte dell'erede, si crea una *obligatio quasi ex contractu* tra l'erede ed il legatario, in forza della quale l'erede sarà obbligato a trasferire al legatario la cosa legata anche quando il testatore avesse creduto che la cosa fosse sua.

L. 67, § 8, *de legat.* (31) - Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii, Prisci sententiae, nec Constitutioni locus, qua cavetur non cogendum praestare legatum heredem; nam succursum est heredibus, ne cogantur redimere, quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem.

**421.** III. Può essere legata ancora una cosa speciale appartenente ad un terzo. Però il *legatum rei alienae* è valido secondo alcuni criterii.

1° Se il testatore sapeva che la cosa apparteneva ad altri, il legato in generale è valido; però non può certamente passare immediatamente il dominio, ma dal *cedit et venit* si crea un diritto di obbligazione in favore del legatario, perchè si presume che il testatore avesse voluto obbligare l'erede a procurare per qualunque mezzo la cosa e a consegnarla al legatario; e qualora ciò fosse difficile o impossibile a pagargli la stima della cosa altrui.

§ 4, *Inst., de legat.* (2, 20) - Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita, ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare. Sed si talis res sit, cuius non est commercium, vel adipisci non potest nec aestimatio eius debetur; sicuti si campum Martinum, vel basilicas, vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit; nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat, forsitan enim, si scisset alienam rem esse, non legasset; et ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

L. 63, § 3, *de legat.* (30) - Qui confitetur, se quidem debere iustam autem causam affert, cur utique praestare non possit, audiendus est, utputa si aliena res legata sit, negetque dominum eam vendere, vel immensum pretium eius rei petere affirmet, aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum, vel matrem, vel fratres naturale; aequissimum est enim, concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare (1).

2° Se il testatore credeva invece che la cosa legata fosse propria, il legato generalmente è nullo, perchè si suppone che il testatore non lo avrebbe fatto se avesse conosciuto che la cosa apparteneva ad altri; ammeno che non fosse stata intenzione del testatore di beneficare assolutamente l'erede, ovvero non si trattasse di persona congiunta, come, p. es., discendente, ascendente, coniuge del testatore.

L. 10, C. *de legat.* (6, 37) - Quum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse.

**422.** IV. Se il testatore lega una cosa speciale propria del legatario, il legato è nullo.

§ 10, *Inst., de legat.* (2, 20) - Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest; et licet alienaverit eam, non debitur nec ipsa, nec aestimatio eius.

Esso può essere nondimeno valido, se il legatario avesse acquistata la cosa dopo la fazione del testamento a titolo oneroso, e da un terzo; però egli può domandare la *aestimatio rei.*

§ 6, *Inst., de legat.* (2, 20) - Si res aliena legata fuerit, et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest; nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consecutus est; nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem agere potest.

Il legato della cosa propria al tempo della fazione del testamento, è sempre nullo, anche quando posteriormente la cosa addiviene di altri o dello stesso erede (*Regula Catoniana*, § 93).

Pure qualche volta i legati di cosa propria del legatario sono validi (Vedi § 93).

### § 113. — *Legato di un genere e legato alternativo.*

**Bibliografia.**

T., D. *De optione vel electione legata* (33, 5).

Gebauer, Tit. Dig. *De optione vel electione legata illustrata, Exserc. acad.* Tom. I, *Exserc.* 15. — Rosshirt, *Verm.* II, pag. 3. — Ardnts, *Civilschrift*, II, pag. 474. — Windscheid, § 655. — Maynz, § 428. — Vangerow, § 549. — Tewes, II, § 112. — Ferrini, *Del legato di ozione.* — Idem *Dei legati*, pag. 249.

423. I. Nozione del *legatum generis.* — 424. Da quali punti di vista può considerarsi questo legato. — 425. Regole relative al *legatum generis;* diritto di scelta. — 426. II. Nozione del legato alternativo; diritto di scelta. — 427. Differenze tra questo legato ed il primo. — 428. Regole speciali relative a questo legato; conseguenze.

**423.** I. Quando è stata legata una cosa non fungibile determinata non nella sua individualità, ma nel suo genere, come un fondo, una casa, un tavolo, ecc., il legato può essere valido.

**424.** Questo legato può considerarsi da due punti di vista.

1° Quando la cosa del genere si trova tra le cose ereditarie, il legato è perfettamente valido.

L. 74, pr. *de legat.* (30) - Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum, quae domus, cogentur heredes, cum

(1) L. 30, § 6, *de legat.* (32); L. 21, *de probat. et praesumt.* (22, 3).

vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum.

2° Se al contrario la cosa del genere non si trova nella eredità del testatore, vogliono alcuni che il legato sia completamente nullo, e ciò in forza del testo or ora trascritto (1).

Altri invece credono, che per la validità del legato, bisogna osservare se l'oggetto del genere sia abbastanza determinato o determinabile; e difatti si può dare il caso che una cosa sia determinabile per una circostanza qualunque, p. es., a un vetturino si lega un paio di buoni cavalli e simili; allora il legato è valido anche se la cosa del genere non si trovi nella eredità. Viceversa, se la cosa è espressa in un modo indeterminato troppo generico, il legato è nullo anche quando la cosa del genere si trovi nel patrimonio del testatore (2).

**425.** Quando il legato di genere è valido è da pôr mente alle seguenti regole:

1° Il legatario, quando manca una determinazione del testatore sul diritto di scelta, ha il diritto di scegliere dal genere contemplato, una cosa.

Nelle antiche forme dei legati, se il *legatum generis* era ordinato nella forma per *vindicationem*, il diritto di scelta spettava al legatario.

L. 108, § 2, *de legat.* (30) - Quum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis sit, quem velit dandi an potius legatarii? Respondi, verius dici, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii (3).

Se invece un simile legato era stato ordinato con la forma per *vindicationem*, la scelta era data all'erede gravato.

L. 32, § 1, *de legat.* (30) - Si quis plures Stichos habens Stichum legaverit, si non apparet, de quo Sticho senserit, quem elegerit, debet praestari (4).

Nella legislazione Giustinianea un legato di genere dà sempre, naturalmente nella ipotesi prevista, il diritto di scelta al legatario.

§ 22, *Inst., de legat.* (2, 20) - Si generaliter servus vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

La scelta però in questa ipotesi deve essere fatta in modo discreto; cioè non è lecito al legatario scegliere la cosa migliore.

L. 37, *de legat.* (30) - Legato generaliter relicto, veluti hominis, Caius Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur; quae sententia Rescripto Imperatoris nostri et Divi Severi iuvatur, qui rescripserunt, homine legato actorem non posse eligi.

§ 1 - Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitavit, electio heredis erit, quem velit dare, aut si appareat, ipse fundus vindicabitur. Sed et si lancem legaverit, nec appareat, quam aeque, electio est heredis, quam velit dare.

Parimente se la indeterminatezza riguarda la quantità, se manca altro criterio, come la consuetudine del testatore, la dignità del legatario, ecc., s'intende legata la quantità minore (5).

2° Quando il testatore stesso ha preso disposizioni circa il diritto di scelta, bisogna osservare:

*a*) Se tale diritto è stato concesso al legatario è proprio il caso dell'*optio vel electio legata*.

Nel diritto antico un legato simile valeva come condizionato, di guisa che il *dies* cedeva all'esercizio della scelta: .... *nam optione sive electione servi data quodammodo singuli sub condicione legati videtur* (L. 3, *qui et a quib* [109]). Ciò fu però modificato da Giustiniano considerando un tal legato come puro e semplice, salvo il diritto di scelta.

§ 23, *Inst., de legat.* (2, 20) - Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat olim in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data licentia, heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu habito et hoc in nostra constitutione additum est; sive plures legatarii existant quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo sive unius legatarii plures heredes; et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentiam contra benevolentiam introducebant), fortunam esse huius optionis iudicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione praecellat.

Il diritto di scelta da parte del legatario si esercita assolutamente, ossia egli può scegliere la cosa migliore del genere (6).

L. 2, pr. *h. t.* (33, 5) - Quoties servi electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit.

*b*) Se la scelta è data a più legatarii, e questi non si mettono d'accordo, decide la sorte chi dei più legatarii debba tale diritto esercitare.

Colui cui tocca la scelta può ritenere la cosa, gli altri legatari si soddisfano col valore di essa (7).

Per l'esercizio del diritto di scelta, il legatario può esperimentare contro l'erede l'*actio ad exhibendum*, perchè a lui si mostrino tutte le cose del genere.

L. 8, § 3, *h. t.* (33, 5) - Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo, apud quem depositae sint, agere potero et cum herede agere, ut is depositi, agendo, facultatem mihi eligendi praestet.

Qualche volta l'erede può essere convenuto con l'*actio de dolo* (8).

Se il legatario ritarda la scelta, gli si può dare un termine, elasso il quale, si ha la perdita del legato medesimo (9)

Se il testatore ha dato la scelta all'erede, questi non deve dare al legatario la cosa peggiore.

L. 113, *de legat.* (30) - Si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare iussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae deditione relinquat.

Se la cosa data è evitta, il legatario ha il diritto di averne un' altra.

---

(1) Vedi Vangerow, l. c. Puchta, *Pand.*, § 529. Questa opinione è accettata da altri, solo relativamente alle cose immobili. Rosshirt, II, pag. 14.

(2) Arndts, l. c., II, 474. Arndts-Serafini, § 574. Windscheid, § 655, nota 8. Maynz, l. c. Tewes, l. c.

(3) L. 2, § 1, *de opt. leg.* (33, 5). Vedi anche L. 20-34, § 14, *de legat.* (30).

(4) L. 109, § 1, *eod.*; L. 43, § 3, *de legat.* (31); L. 29, § 1, *de legat.* (32).

(5) L. 75, *de leg.* (32).

(6) Vedi su questo punto Ferrini, *Leg. e fid.*, p. 263 ss.

(7) L. 3, *pr. C. Comm. de legat.* (6, 43).

(8) L. 9, § 1, *de dol. mal.* (4, 3); L. 110, *de legat.* (30).

(9) L. 6-7-8, *pr.*; L. 13, § 1; L. 17, *h. t.* (33, 5).

L. 29, § 3, *de legat.* (32) - Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et hoc verum puto. Sed hoc amplius ait, debere te, priusquam iudicium accipiatur, denuntiare heredi; nam si aliter feceris, agenti, ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.

Se l'erede è in mora, il diritto di scelta passa al legatario (1).

Se la scelta è stata data al terzo, questi farà la scelta nell'interesse di entrambi, erede e legatario, scegliendo nè la cosa migliore, nè la peggiore. S'egli non vuole far la scelta, ovvero passa un anno senza che l'abbia fatta, la scelta passa al legatario, il quale in tal caso non può scegliere la cosa migliore.

L. 3, § 1, C. Comm. *de legat.* (2, 43) - Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumne legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adiutorium ut viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen ut non optimum ex servis vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediae aestimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

In ogni caso, sia la scelta di chiunque si voglia, esercitata una volta non si può variare.

L. 5, pr. *de legat.* (30) - Servi electione legata, semel dumtaxat optare possumus.

Con la scelta si può domandare una sola cosa intera, non parte dell'una e parte dell'altra.

L. 15, *de legat.* (31) - Si quis duobus heredibus institutis ita legaverit; *Stichum aut decem heredes dandos*, non potest alter heredum quinque, alter partem Stichi dare, sed necesse est, utrumque aut Stichum totum, aut decem solvere.

Se vi è dubbio sul numero delle cose del genere lasciato in legato, il legatario ne può scegliere tre.

L. 1, *h. t.* (33, 5) - Divus Pius Caecilio Proculo rescripsit, eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

**426.** II. Affine al legato di genere è il legato alternativo, cioè quando il testatore ha legato due cose alternativamente, p. e., *Stichum aut Pamphilum do lego*.

Anche in questo legato è necessaria la scelta che dal testatore stesso, egualmente come nel legato precedente, può esser data al legatario, all'erede gravato ed al terzo.

L. 85, § 9, *de legat.* (30) - *Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato;* si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo, liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. - § 11. Si Titio Stichus aut Pamphilus, utrum eorum mallet, legatus est, deinde Pamphilum testator Titio donavit, Stichus in obligatione remanet.

Anche in questo legato, quando la scelta non era stabilita dal testatore, si faceva distinzione se il *legatum* era ordinato con la formola per *vindicationem* ovvero per *damnationem;* nel primo caso la scelta spettava al legatario, nel secondo, come in ogni obbligazione alternativa, spettava all'erede (2).

Nella legislazione Giustinianea per le ragioni dette a proposito dell'altro legato, la scelta dev'esser data sempre al legatario (3).

Questo legato deve considerarsi come un *legatum speciei* e quindi valgono le regole notate per questo legato nel caso che la cosa appartenga all'eredità, allo erede od al terzo.

**427.** A differenza del legato precedente, nel legato alternativo la scelta si esercita in un modo assoluto, cioè chi sceglie può prendere la migliore dei più oggetti, se chi sceglie è il legatario, o la peggiore se l'erede; fino al punto che, se il legatario credeva esservi legata una sola cosa e ha domandato questa, egli, riconosciuto l'errore, non può più usare del diritto di scelta.

L. 19, *de legat.* (31) - Si is, cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet, tamquam si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, quum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

**428.** Come in ogni obbligazione alternativa ognuno degli oggetti legati è in *obligatione*, di guisa che, quando uno degli oggetti manca o per perdita della cosa ovvero per essere stato acquistato dal legatario a titolo lucrativo, il legato addiviene semplice sull'altro oggetto (4).

Però nel legato alternativo si addiviene legatario una sola volta, quindi è un sol legato.

L. 25, pr. *quando dies legat.* (36, 2) - Quum illud, aut illud legatur, enumeratio plurimum rerum disiunctivo modo comprehenso, plura legata non facit Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit; nam pendente conditione non erit electio. nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur.

Da questo principio nascono le seguenti conseguenze: Il *dies legati* cede una sola volta, di guisa che, se uno degli oggetti è legato puramente e semplicemente, e l'altro *sub conditione*, il *dies non cedit* che all'avverarsi della condizione, e quindi se la condizione si avvera durante la vita del legatario, nasce da questo momento per lui il diritto di scelta; se è deficiente, cessa il legato per uno degli oggetti. Così pure se è stato legato ad uno la proprietà, all'altro l'usufrutto o dieci, il *dies* in quest'ultimo legato alternativo non cede che all'adizione della eredità secondo le regole speciali al legato d'usufrutto.

L. 14, pr. *quando dies legat.* (36, 2) - Si ususfructus, aut decem, utrum legatarius voluerit, sint legata, utrumque spectandum, et mortem testatoris, et aditionem hereditatis, mortem propter decem, aditionem propter usumfructum; quamvis enim electio sit legatarii, tamen nondum electioni locus esse potest, quum proponatur, aut nondum testatorem decessisse, aut eo mortuo hereditas nondum adita.

Se per morte del legatario si estingue uno degli oggetti del legato alternativo (come nel caso dell'usufrutto si estingue con la morte del legatario), la dilazione per l'altro oggetto è trasmessa agli eredi del legatario medesimo.

L. 14, § 1, *eod.* - Inde quaerit Iulianus, si post mortem testatoris legatarius decedat, an ad heredem transferatur, decem legatum. Et libro trigesimo septimo Digestorum scribit,

(1) L. 11, § 1, *de legat.* (31).

(2) L. 109, § 1, *de legat.* (30); L. 43, § 3; L. 34, § 14; L. 108, § 2, *eod.*

(3) Vedi Tewes, § 113. Arndts-Serafini, § 579, nota 2.

(4) L. 84, § 11, *de legat.* (30) cit.; L. 34, § 14, cit.

posse dici, decem transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit. Argumentum Iulianus pro sententia sua affert tale: *Seiae decem, aut si pepererit, fundum heres meus dato;* nam si, antequam pariat, inquit, decesserit, ad heredem suum decem transmittet.

Appena è fatta la scelta, l'altro oggetto esce immediatamente dall'obbligazione; se quindi è stato legato Stico o Panfilo e la scelta è caduta sopra Stico, l'altro è perfettamente liberato, e se Stico muore immediatamente fatta la scelta, non si può pretendere più l'altro (1).

### § 114. — *Legato di una somma o di una quantità.*

429. Nozione del legato di quantità. — 430. Regole per la validità di questo legato.

**429.** Quando si lega una somma o una quantità di fungibili come denaro, grano, olio, vino, ecc., si ha il *legatum quantitatis.*

**430.** Per esser valido questo legato non c'è bisogno che questi oggetti si trovino esistenti nella eredità; perocchè, anche in caso non si trovassero tra i beni ereditarii, l'erede è sempre obbligato a provvedersi e consegnarlo al legatario.

L. 3, pr., *de tritico, vino, oleo, legato* (33, 6) - Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, quum nullum vinum reliquisset, vinum heredem empturum et praestiturum, non acetum, quod vini numero fuit.

Ammenocchè il legato stesso non porti una determinazione speciale, o non si trovi nello stesso legato: come se si dicesse: lego il vino del fondo Semproniano e per una circostanza fortuita non c'è stato vino da quel fondo, il legato in tal caso è nullo.

L. 5, *eod.* - Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere haec verba: *quod natum erit.*

Se la qualità delle cose fungibili non è determinata, p. e., quale olio, quale vino, ecc., l'erede gravato ha il diritto di scegliere essa qualità.

L. 4, *eod.* - Quum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant, et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.

Se è stabilita una certa quantità da prendersi da un deposito o da un mucchio qualunque, il legato non si riduce nel caso che in quel deposito non si trovi la quantità determinata, ma è mestieri che l'erede gravato procuri il resto che manca e lo dia in supplemento al legatario.

Se sono legate cose fungibili senza determinarne la quantità o denaro contante senza stabilirne la somma, il legatario ha diritto di avere ciò che di queste cose si trovi nella eredità.

L. 7, pr., *eod.* - Quidam heredem damnaverat, dare uxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta; Trebatius aiebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quacumque re daretur. Ofilius, Cascel ius, Tubero, omne quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant; Labeo id probat, idque verum est.

### § 115. — *Del legato di una università e di un complesso di cose.*

Bibliografia.

TT., D. *Tritico, vel vino, vel oleo legato* (36, 6); *De penu legato* (36, 9); *De instructo vel instrumento legato* (33, 7); *De supellectile legata* (33, 10); *De peculio legato* (33, 8); *De auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste, vel vestimentis et statuis legatis* (34, 2). — Rosshirt, *Vermächt,* II, pag. 28. — Vangerow, § 553. — Tewes, § 109.

431. Nozione del legato di università. — 432. Quando si concreta; e regole relative a questo legato.

**431.** Il testatore può legare un insieme di cose corporali ossia una *universitas facti* come una gregge, una biblioteca, ovvero una *universitas iuris,* come un peculio, la eredità di un terzo, ecc.

Il legato di una *universitas* non è da ritenersi come il complesso di più legati, ma sibbene come un legato solo, perocchè il complesso di quelle cose vengono considerate come una cosa sola, e quindi il legato nel suo carattere somiglia al *legatum speciei,* sicchè si può accettare o ripudiare non le singole cose componenti la *universitas,* ma tutta la *universitas* medesima.

L. 2, *de legat.* (31) - Quoties nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt, si autem suppellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.

L. 6, *eod.* - Grege autem legato non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, et similibus.

**432.** Il legato di università in generale si determina quanto all'oggetto, al tempo della morte del testatore e non a quello della fazione del testamento, sicchè lo erede ha diritto ad avere le cose che si trovano nella eredità al momento della morte, ammenocchè il testatore non abbia voluto con una certa espressione legare proprio quelle cose che facevano parte della eredità al tempo della fazione del testamento, p. e., *vestem meam,* ovvero *argentum meum damnos esto dare.*

§ 18, *Inst., de legat.* (2, 20) - Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere Iulianus ait, est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium, unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus.

L. 28, *quando dies* (36, 2) - Si fundus instructus relictus erit, quaeritur, quum ad modum dari debeat, utrum sicut instructus fuit mortis tempore, an eo tempore, quo facti sunt codicilli, an quo peti coepit. Respondit, eo, quibus instructus sit fundus, quum dies legati cedat, deberi.

L. 8 (34, 2) - Si ita esset legatum: *vestem meam, argentum meum damnas esto dare,* id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset; nam quum dicit: *vestem meam, argentum meum,* hac demonstratione meum praesens, non futurum tempus ostendit. Idem est, et si quis ita legaverit: *servos meos.*

Se le cose dell'università si sono perdute in tal numero che quelle che rimangono, fosse questa anche una sola, non rispondono al concetto della *universitas,* il legato ciò non pertanto rimane nella sua piena validità, e l'erede sarà sempre obbligato a dare al legatario quelle che restano.

L. 22, *de leg.* (30) - Si grege legato aliqua pecora vivo

(1) L. 84, § 9, *de legat.* (30) cit.

testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri; et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse, quemadmodum insula legata, si combusta esset, area posset vindicari.

Nè a questo testo si oppone la legge ultima *quib. mod. ususfruct.* (7, 4) in cui Pomponio, parlando di un usufrutto di un'università, dice che il legato si estingue se le cose dell'università vanno perdute, restandone pure qualcuna.

Quum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus.

La differenza tra il primo e il secondo testo riportato è per sè evidente quando si consideri che il primo tratta di un legato di una *universitas*, il secondo riflette un legato di usufrutto della *universitas*, differenza che si nota ancora in altra specie di legati. In effetto, il legato sopra una casa, come si è veduto, rimane sull'area anche quando questa si è bruciata o si è diroccata; mentre, se si tratta di un legato di usufrutto su di una casa, esso si estingue se la casa è bruciata (1).

Quando una *universitas* non è legata come cosa principale, ma entra come accessoria di un'altra cosa, come quando si lega uno schiavo col suo peculio, allora se si perde la cosa principale, p. e., se muore lo schiavo, si estingue anche il legato sulla *universitas*.

L. 1, *de pec. leg.* (33, 8) - Servo legato cum peculio, et alienato, vel manumisso, vel mortuo, legatum etiam peculii extinguitur.
L. 2, *eod.* - Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, quum principales res peremptae fuerint (2).

## § 116. — *Del legato di rendita.*

T., D. *De annuis legatis et fideicommissis* (33, 1).

433. Nozione del legato di rendita. — 434. Differenze di questo legato con quello di usufrutto.

**433.** Questo legato consiste in ciò che all'erede s'impone l'obbligo di prestare una somma od una quantità periodicamente, *legatum redituum annuum vel mestruum legatum*. Questo legato è uno in apparenza, ma in realtà forma un complesso di legati, e tanti quanti sono i periodi delle prestazioni; di guisa che cede tante volte il *dies* quanti sono i periodi, p. e., in ciascun anno, in ciascun mese, ecc. È dubbio se il *dies* cede al principio di ciascun periodo o no, però nel dubbio il *dies cedit* al principio d'ogni periodo. Conseguentemente tra i diversi legati che insieme compongono il legato di rendita, il primo legato è puro, gli altri sono *sub conditione*.

L. 4, *h. t.* - Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus (cuius sententia vera est) plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale; videri enim hanc inesse conditionem, *si vivat*, ed ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.
L. 10, *quando dies* (36, 2) - Quum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat.
L. 12, *eod. nec semel diem eius cedere, sed per singulos annos*, § 1 - Sed utrum initio cuiusque anni, an vero finito anno cedat, quaestionis fuit. Et Labeo, Sabinus, et Celsus, et Cassius, et Iulianus in omnibus, quae in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cuiusque anni huius legati dies cederet (3).

Invece, se si lega una somma determinata col pagamento a rate come ad anno od a mese, non sarà mai un legato di rendita, ma un singolo legato; quindi il *dies cedit* una sola volta. La determinazione del periodo non forma la essenza del legato, ma è un modo di pagamento. Per la qual cosa, se si è legata una somma di mille col pagamento di cento ogni anno, il legato è uno solo, e se il legatario muore, p. e., dopo cinque anni, il resto del legato non soddisfatto va trasmesso agli eredi del legatario.

L. 20, *Quando dies* (36, 2) - Si cum praefinitione annorum legatum fuerit, veluti *Titio dena usque ad annos decem*, Iulianus libro trigesimo Digestorum scribit, interesse; et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata, et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere; si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia, hoc casu ait omnium annorum unum esse legatum, et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere; quae sententia vera est (4).

**434.** Il legato di rendita somiglia al legato di usufrutto. Entrambi si estinguono con la morte del legatario; però con le seguenti differenze che il legato di usufrutto costituisce un *ius in re aliena*, mentre il legato di rendita crea un diritto personale da farsi valere coll'*actio ex testamento*. Più il legato di usufrutto si estingue con la morte dell'usufruttuario, del legatario, anche se questi muore durante l'anno, mentre nel legato di rendita, incominciato l'anno o il periodo, si acquista il legato di tutto l'anno e quindi la rendita dell'anno è dovuta agli eredi del legatario.

L. 8, *h. t.* - In singulos annos relictum legatum simile est usuifructui, quum morte finiatur; sane capitis diminutione non finitur, quum ususfructus finiatur; et ususfructus ita legari potest: *Titio usumfructum fundi lego, et quotiesque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do.* Illud certe amplius est in hoc legato, quod in ingressu cuiuslibet anni si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquat, quod in usufructu non ita est, quum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquat.

Può però il testatore ordinare un legato di rendita anche per gli eredi del legatario, e quando non è stabilito per quali eredi il legato s'intende ordinato, si ritiene fatto anche per gli eredi degli eredi e quindi perpetuamente.

L. 22, C. (6, 37) *de leg.* - In annalibus legatis vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed et eius heredibus praestari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus et eorum heredum heredibus conservari pro voluntate testatoris praecipimus (5).

Se il legato di rendita è stabilito in favore di persona giuridica, il legato dura finchè la persona giuridica vi resta o non è abolita.

L. 6, *h. t.* - Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus praesidere heredes voluit; successores heredum negant

(1) Vedi anche § 18, *Inst.*, *de legat.* più sopra riportata. Vangerow, II, § 553. Rosshirt, *Ver.*, pag. 36.

(2) L. 1, § 1, *de instr. v. instrum. leg.* (37, 7).

(3) L. 11, *h. t.*; L. 1, § 16, *ad leg. Falc.* (35, 2); L. 1, C. *quando dies* (6, 53).
(4) L. 26, § 2, *eod.*
(5) L. 65, *de verb. sign.* (50, 16).

se debere, quasi testator tamdiu praestari voluerit, quamdiu praesiderent heredes; quaero igitur, quum praesidenti mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum, an perpetuo praestari voluerit. Modestinus respondit, fideicommissum quotannis in perpetuum Reipublicae praestandum esse (1).

Il testatore può ordinare una rendita di una determinata cosa o di una determinata parte del suo patrimonio. Questo costituisce il vero legato di una rendita che non differisce dal legato annuo e dal legato di usufrutto. Anche per questo legato la differenza con quello di usufrutto sta in ciò, che in questo vi è un dritto reale da esperimentarsi coll'azione confessoria, nel mentre il legato di rendita costituisce sempre e non altro che un diritto personale; in conseguenza di che il possesso della casa su cui è costituita la rendita resta sempre da parte dell'erede, il quale potrà alienare la cosa, assicurando al legatario in numerario la rendita di essa.

L. 22, *de usu et usufructu* (33, 2) - *Patrimonii mei redditum omnibus annis uxori meae dari volo*; Aristo respondit, ad heredem uxoris non transire, quia aut usuifructui simile esset, aut huic legato: *in annos singulos*.

L. 38, *eod.* - *Fundi Fabbritiani redditus uxori meae quoad vivat, dari volo*; quaero, an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patre familias ex locatione fundi redigere consueverat. Respondit, posse. Item quaero, an habitare impune prohiberi possit. Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium. Respondit, si heredis facto minores redditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero: quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam (2).

### § 117. — *Del legato di alimenti.*

BIBLIOGRAFIA.

T., D. *de alimentis vel cibariis legatis* (34, 1). — Rosshirt, *Verm.*, II, pag. 81. — Tewes, II, § 111. — Vangerow, II, pag. 552.

435. Nozione del legato di alimenti. — 436. Specialità di questo legato.

**435.** Affine ai due legati or ora trattati è il legato di alimenti e consiste nel legare una determinata somma o cose a titolo di alimenti.

Anche in questo legato ha luogo il periodo di anni come nell'annuo legato e, come quello, si estingue con la morte dell'usufruttuario (3).

Per alimenti s'intende tutto ciò che è necessario ordinariamente per sostentare la vita e quindi il nutrimento, il vestito e l'abitazione.

L. 6, *h. t.* Legatis alimentis cibaria et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest; cetera, quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur (4).

Quando la somma da darsi per alimenti non è stabilita dal testatore, non per questo il legato è nullo. Sibbene la somma può essere determinata di accordo o dall'arbitro o anche dall'autorità giudiziaria con i seguenti criterii. È in primo luogo da por mente se lo stesso testatore durante la sua vita abbia beneficato il legatario e per quanto l'avesse sostenuto. In secondo luogo è bisogno considerare lo stato sociale del legatario e finalmente lo stato del patrimonio, e così stabilire la somma per gli alimenti.

L. 14, *de ann. leg.* (33, 1) - Si cui annuum fuerit relictum sine adiectione summae, nihil videri huic adscriptum, Mela ait; sed est verior Nervae sententia, quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum; sin minus, ex dignitate personae statui oportebit.

L. 22, pr. (34, 1) - Quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et charitate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit.

Quando il testatore ha determinata la somma e il modo come pagarla, questa dev'essere dall'erede sempre prestata anche quando per accidentalità si siano diminuiti i mezzi di pagamento da non corrispondere più alla somma stabilita; come se, p. e., si fossero legati gli alimenti della rendita di un determinato fondo e questo sia diminuito di rendita.

L. 12, *h. t.* - Lucius Titius libertis suis cibaria et vestiaria annua certorum nummorum reliquit, et posteriore parte testamenti ita cavit: *obligatos iis ob causam fideicommissi fundos meos, illum et illum, ut ex reditu eorum alimenta suprascripta percipiant;* quaesitum est, an, si quanto minores redditus pervenerint quam est quantitas cibariorum et vestiariorum, heredes ad supplendam eam onerari non debeant, vel si alio anno excesserint, an supplendum sit, quod superiore anno minus perceperint. Paulus respondit, cibaria et vestiaria libertis defuncti integra deberi, neque ex eo, quod postea praedia his pignoris iure testator obligare voluit, ut ex redditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum, vel auxisse ea, quae reliquerat, videri.

**436.** Il legato di alimenti è dalle leggi favorito per lo scopo cui è dato. Esso come il diritto di abitazione può essere considerato appartenere più al fatto che al diritto. E perciò si allontana dalle regole generali nei seguenti punti.

1° Esso può essere rilasciato anche a coloro che generalmente non possono ricevere per testamento. Questo legato è valido, se viene ordinato in favore di uno schiavo, quando questi senza il legato rimarrebbe privo di alimenti. È a notare però che, se il servo cui sia lasciato un legato di alimenti è sottoposto alla *dominica potestas* di un padrone, il legato è certamente valido, ma per la regola generale, cioè che il legato è acquistato dal padrone, il quale guadagna gli alimenti che comunemente prestava al servo.

L. 42, *de condit. et demon* (35, 1) - Filiofamilias legatum est sub hac conditione, si in potestate patris mansisset; magis patri legatum videri ait, et patrem suo nomine legatum petere. Idem iuris esse, et si servo similiter legetur. Argumentum rei sit quod, etsi cibaria servis Titii legentur, procul dubio domini est, non servorum legatum.

Mentre se lo schiavo fosse senza padrone o servo di pena, il legato sarebbe eccezionalmente valido; così pure, se un libero godesse di un legato di alimenti e fosse colpito da una *capitis deminutio maxima*, il legato non si estinguerebbe.

2° Se furono legati alimenti ad impuberi fino alla pubertà, per rescritto di Adriano, questa disposizione s'interpreta largamente intendendo per pubertà la *plena pubertas*, cioè fino a diciott'anni per i maschi e fino a quattordici anni per le femmine.

L. 11, *h. t.* - Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in me-

(1) L. 20, § 1, *eod.*

(2) L. 120, pr. *de Leg.* (30).

(3) L. 20, 26, *quando dies* (36, 2); L. 15 pr., *de annuis legatis* (33, 1); L. 8, § 10, *de transact.* (2, 15).

(4) L. 7, *eod.*

tallum damnatus, indulgentia Principis restitutus est; respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei.

L. 10, *de cap. min.* (4, 5) - Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercedit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat; videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit (1).

3° Se una terza persona e non l'erede è gravata di un legato di alimenti, p. e., un altro legatario o un fedecommissario, e questi soggiace alla sottrazione per legge Falcidia da parte dell'erede, egli non potrà sottrarre nulla dal legato di alimenti.

L. 14, § 1, *h. t.* (34, 1) - Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartumdecimum annum alantur; et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse, Imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definiatur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile.

L. 79, § 1, *de leg.* (31) - .... Si pars donationis fideicommisso contineatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur; si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra.

4° Se con una disposizione generale sono rivocati i legati, questa rivocazione così generalmente espressa non si rapporta al legato di alimenti.

L. 18, § 3, *h. t.* (34, 1) - Postumis heredibus institutis, et patre et matre, et substitutione facta, actores manumisit, et peculia iis legavit, et annua, et certis libertis suis legata, et aliis exteris plura; deinde post testamentum factum nata filia codicillis ita cavit: *si quid testamento, quod ante hoc tempus feci, legavi cui dari volui, peto ab his, uti tertiam partem Petinae, filiae meae, reddant*, secundis autem tabulis facta pupillari substitutione impuberibus libertis, quibus a parentibus libertates dedit, eo amplius alterum tantum, quantum in numerato, praeter cibaria et vestiaria, dari voluit; quaesitum est, quum supervixisset filia testamento aperto et codicillis, postea autem decesserit, et fideicommissum datum ei de restituenda parte tertia ad heredes suos transmisisset, an etiam cibariorum et vestiariorum tertiae partes ei per fideicommissum datae esse videantur. Respondit, non videri.

### § 118. — *Del legato de'* jura in re aliena.

**Bibliografia.**

T., D. *de usu et usufructu et reditu et abitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis* (33, 2). — D. *de servitute legata* (33, 3). — D. *de usufructu accrescendo* (7, 2). — D. *quando dies ususfructus legati cedit* (7, 3).

Francke, *Observ. de iure legatorum*, spec. I, c. II. — Schneider, *Das altcivile ond. Justiniam.* Anwachsungsrecht, *dei legaten*; Berlin, 1837. — Rosshirt, *Verm.*, II, pag. 616. — Vangerow, II, § 554. — *Vering.*, pag. 770. — Arntds *in Rechts lexicon*, VI, pag. 334. — Tewes, II, § 114.

437. In quanti modi si può legare un diritto in *re aliena*. — 438. Del legato di usufrutto in ispecie; specialità relativamente al diritto di accrescimento. — 439. Usufrutto legato con clausola finchè una persona raggiunga la maggiore età. — 440. Del legato di uso.

**437.** Anche diritti in *re aliena* possono essere oggetto di legato in vario modo (2). Si può legare un diritto sulla cosa altrui che già si godeva dal testatore. In questo caso il diritto può essere il diretto oggetto del legato come un'enfiteusi, una superficie, ovvero può, come diritto accessorio, seguire il legato dalla cosa principale, p. e., un diritto di servitù prediale fa necessariamente parte del legato del fondo dominante, e un dritto di pegno di ipoteca segue necessariamente il legato di un credito che garentisce. Il legato di un diritto sulla cosa altrui somiglia al *legatum speciei* e per conseguenza va regolato in generale secondo questo legato, e perciò si acquista immediatamente.

Può avvenire ancora che il testatore imponga l'obbligo all'erede di trasferire ad altri il *ius in re aliena*, ed allora si crea un diritto personale da farsi valere da parte del legatario con l'*actio ex testamento*.

2° Si può dal testatore rimettere un *ius in re aliena* ch'egli godeva sulla cosa del legatario. Questo è un vero *legatum liberationis;* perocchè dal *dies veniens* il diritto reale si estingue.

L. 74, § 5, *de leg.* (30) - Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus; et Julianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum (3).

3° Il testatore può per mezzo dei legati costituire un *ius in re*. Anche in questa forma questo legato va regolato come quello di specie propria del testatore, ammenocchè questi non abbia imposto all'erede di costituire un diritto reale. Vuol dire che questi due modi di costituire il *ius in re* per legato corrispondono in sostanza alle antiche forme per *vindicationem* e per *damnationem*.

L. 71, § 6, *de leg.* (30) - Sed et si non municipibus, sed alio fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus.

§ 4, *Inst.*, *de servitutibus* (2, 3) - .... Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiatur, eum tignum in parietem immittere, stillicidiumve adversus eum habere; vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere (3).

È inutile avvertire che per costituire un diritto di servitù prediale bisogna che il legatario abbia un fondo vicino.

Il testatore potrà imporre all'erede di costituire in favore del legatario un *ius in re* sulla cosa dell'erede medesimo o di un terzo. In questa forma nasce per il legatario un diritto personale rispetto all'erede di costituire il *ius in re* sul fondo di lui, ovvero sul fondo del terzo, e se ciò non è possibile, dargli l'equivalente.

Per i legati di *iure in re aliena* in generale, e per ciascuno di essi in ispecial modo, valgono le regole generali sui legati per quanto siano compatibili con la natura di ciascun diritto speciale.

**438.** Merita speciale menzione il legato di usufrutto, esso in qualunque parte si allontana dalle regole generali dei legati non per eccezioni, ma per natura speciale di questo diritto, e specialmente le particolarità riguardano il diritto di accrescimento tra i collegatarii.

1° In generale quanto al diritto di accrescimento valgono le medesime regole generali di questo diritto. Ed invero si può parlare di diritto di accrescimento solo quando si tratta di più collegatarii congiunti *re et verbis*, ovvero *re tantum*.

(1) L. 3 pr., § 1, *h. t.*; L. 17, *eod.* Savigny, *Syst.*, II, pag. 106.
(2) L. 86, § 4, *de leg.* (30).
(3) L. 26 pr., *de pig. act.* (13, 7); L. 3, *de usufruct.* (7, 1).

L. 1, pr., *de usufruct. accresc.* (7, 2) - Quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit ususfructus relictus, ceterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio ius accrescendi cessat (1).

Quindi segue:

1° Quando per ciascun legatario è gravato un determinato erede, non si può parlare del diritto di accrescimento.

L. 12, *de usufr. accresc.* (7, 2) - Quum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei ususfructus legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos ius adcrescendi non sit.

L. 13 *eod.* - Quum alius ab alio herede usumfructum vindicat.

2° Se il legato di usufrutto è ordinato in modo che il testatore ha legato la nuda proprietà, rimanendo l'usufrutto a più eredi, anche in questo caso non ha luogo il diritto di accrescimento, nel caso che uno degli eredi usufruttuari manca dopo l'acquisto dell'eredità. Invece quando uno di essi muore, la sua parte di usufrutto si consolida con la proprietà. La ragione è evidente: in tal caso il testatore non ha voluto legare tutto l'usufrutto a più eredi, ma esso per conseguenza del legato della nuda proprietà è rimasto diviso tra i coeredi in proporzione della loro quota ereditaria.

L. 2, § 1, *eod.* - Idem Julianus libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, si duobus heredibus institutis deducto usufructu proprietas legetur, ius adcrescendi heredes non habere; nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.

L. 3, *eod.* - Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium eundemque proprietarium redibit.

L. 5, pr., *eod.* - Idem Neratius putat, cessare ius accrescendi, libro primo Responsorum. Cui sententiae congruit ratio Celsi dicentis, toties ius accrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.

3° Se il legato di usufrutto è ordinato in modo che ad uno è legata la cosa senza la clausola del *deducto usufructu* ed all'altro è legato l'usufrutto sulla cosa medesima, entrambi valgono come *re conjuncti* rispetto all'usufrutto. Imperocchè nella proprietà è compreso anche l'usufrutto, nè sarebbe escluso se il testatore lo avesse dichiarato con la clausola *deducto usufructo.* Quindi se uno di essi manca, la parte dell'usufrutto si accresce all'altra.

L. 3, § 2, *eod.* - Non solum autem, si duobus ususfructus, alteri fundus legetur, est ius accrescendi verum et si alteri ususfructus alteri fundus legatus sit nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure accrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem. Nec novum, nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo; et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet. Et ita et Neratio et Aristoni videtur, et Pomponius probat (2).

**439.** Una vera particolarità di questo legato sta in ciò che il diritto di accrescimento ha luogo non solo quando il collegatario congiunto manca *ante diem cedentem.*

Se un usufrutto è lasciato, con la clausola fino a che un terzo raggiunga una determinata età, e questi muore prima dell'età designata, nel dubbio l'usufrutto dura fino a che quella terza persona, se vivesse, raggiungerebbe l'età designata. Questa particolarità è maggiormente estesa da Giustiniano nel caso che se uno avesse rilasciato un legato fino a che un terzo fosse demente, tale legato continuerebbe anche quando il terzo fosse morto demente, e continuerebbe fino alla morte dell'usufruttuario (3).

I *dies cedens et veniens* in questo legato cadono nel medesimo momento.

**440.** Il legato di uso in generale non comporta in nessun modo il diritto di accrescimento, quando specialmente la cosa sia atta a soddisfare pienamente i bisogni di ciascun collegatario. In questo caso i vari collegatarii non si limitano a vicenda, poichè, anche senza questa concorrenza, ciascuno avrebbe ricevuto tanto appunto quanto ne ha con la stessa concorrenza, e quindi manca ogni ragione col diritto di accrescimento.

L. 63, § 1, *de usufr.* (7, 1) - Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit (4).

Ma se l'uso dell'obbietto non giunge a soddisfare pienamente il bisogno di collegatarii, di guisa che essi si limitano a vicenda, ricevendo ognuno meno di quel che dovrebbe a causa del concorso di altri, avrà luogo anche per il legato di uso il diritto di accrescimento secondo le regole stabilite per il legato di usufrutto (5).

### § 119. — *Dei legati dei diritti di obbligazione.*

Bibliografia.

T., D. *de liberatione legata* (34, 3). — Haubold, *De legato nominis*, Lipsiae 1793. — Arndts, *Ad leg. 25 de liber. legata*, Berol. 1825. — Wächter, *In der Tübing. krit. Zeitschrift*, II, § 186. — Westphal, *Von den Lehren der Vermächt Nissen*, § 275. — Pisapia, *Il legatum liberationis*, Napoli 1888. — Rosshirt, *Verm.*, II, pag. 220. — Vangerow, § 555.

441. In quanti modi può essere legato un diritto di obbligazione. — 442. Del *legatum nominis*, esso si risolve in una cessione; estensione del *legatum nominis*, e regole relative. — 443. Nel caso sia legata una obbligazione alternativa; come si regola il diritto di scelta. — 444. Nozione del *legatum liberationis*. — 445. Effetti di questo legato. — 446. Legato di liberazione *ab indebito;* controversia; interpretazione delle LL. 75, §§ 1, 2, *de legatis* (30) e 25, *de lib. legata* (34, 3); opinione degli scrittori; nostra opinione. — 447. Conseguenze del *legatum liberationis*. — 448. A chi giovi il legato di liberazione; nel caso di debitori principali ed accessori; in caso di debitori correali o solidali, ecc. — 449. Del *legatum debiti*; quale è il vantaggio di questo legato.

**441.** Per mezzo di un legato il testatore potrà o trasmettere ad altri un dritto di obbligazione preesistente o liberare un debitore da una obbligazione a lui dovuta, ovvero procurare un vantaggio maggiore al suo creditore. Quindi il legato assume, secondo questi scopi, il nome di *legatum nominis*, di *legatum liberationis* e di *legatum debiti.*

**442.** I. Si ha il *legatum nominis*, quando il testatore lega ad un altro una obbligazione a lui dovuta, sia che il legato riguardi direttamente la obbligazione, sia che si leghi il chirografo che fa fede della sua esistenza.

L. 41, § 1, *de leg.* (30) - Idem Julianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, heredem cogendum

(1) L. 3, *eod. Fragm. Vat.*, § 77-79.
(2) L. 26, § 1, *de usu et usufructu* (33, 2); L. 19 (33, 1).
(3) L. 12, C. *de usufr. et habitat.* (3, 33).
(4) L. 3, *de alim. vel cib. leg.* (34, 1).
(5) Vangerow, § 554. Tewes, II, § 114, pag. 361.

mihi actionem exempto praestare, scilicet si nondum res tradita fuerit vel defuncto, vel heredi.

L. 46, § 5, *eod.* - Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio; nam quum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

Il legato di un dritto di obbligazione somiglia in tutto alla cessione della obbligazione, anzi n'è una forma di essa. Per conseguenza l'erede sarà obbligato a cedere al legatario l'azione nascente dalla obbligazione.

§ 21, *Inst. de leg.* (2, 20) - Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales. Et ideo, quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet, nisi exegerit vivus testator pecuniam; nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: *damnas esto heres domum illius reficere, vel illum aere alieno liberare.*

L. 108, *de leg.* (30) - Legatum ita erat: *quae Lucius Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto;* nihil amplius ex hoc legato, quam actiones suas heres praestare debet.

Più tardi da Antonio Pio in poi il legatario non era obbligato a domandare all'erede la cessione dell'azione, ma poteva esercitare contro del debitore le azioni utili senza la cessione.

L. 18, C. *de leg.* (6, 37) - Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.

Il *legatum nominis* si estende non solo al *nomen*, ma ancora agli accessori di esso, come al diritto di pegno agli interessi, ecc. (1).

Perchè il legato abbia effetto bisogna innanzi tutto che vi sia un *nomen*, stantechè il vero obbietto di esso è la cessione dell'azione, e quindi se non vi è *nomen* non è possibile che si ceda l'azione. Il legato in tale caso è inefficace anche se un *nomen* inesistente fosse stato legato *sine adiectione certae speciei vel quantitatis*, ovvero *adiecta certa species vel quantitas.*

L. 78, § 1, *de leg.* (30) - Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum, et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; nam et si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adiecta, constat, nullum esse legatum, quum si decem, quae Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit. - § 2. Quodsi addiderit: *decem, quae mihi Titius debet, lego*, sine dubio nihil erit in legato; nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest; proinde et si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet; nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum, et, si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus dumtaxat praestare cogeretur (2).

Nondimeno quando il credito sia estinto perchè l'erede ne ha ricevuto il pagamento, ovvero quando il pagamento fu fatto allo stesso testatore e questo l'accettò senza il proposito di revocare il legato, anzi con l'idea di lasciare al legatario la somma riscossa, il legato rimane efficace.

L. 11, § 13, *de leg.* (32) - Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici, deberi, nisi forte inter haec interest; hic enim extinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Quum tamen quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset, putavi, fideicommissi petitionem superesse, maxime quia non ipse exegerat, sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit (non) accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse (3).

Naturalmente quando il debito è stato soddisfatto al testatore, ma per iniziativa di lui, questo atto si riterrà come una tacita *ademptio* (4).

La obbligazione dev'essere civile perchè il legato fosse efficace; come non può cedersi un'obbligazione naturale, così essa non può neppure essere oggetto di legato (5).

**443.** Qualunque obbligazione cessibile può essere oggetto di legato. Se fu legata un'obbligazione alternativa è da osservare:

1° Se fu legata una delle cose alternative, e la scelta come di consueto spetta al debitore, il legatario non può esercitare il legato prima che il debitore non faccia la sua scelta; sicchè se questi sceglie la cosa legata, il legato allora sarà efficace. Se invece sceglie l'altro, che non fa obbietto del legato, questo non ha più luogo, sicchè dipende dalla scelta del debitore se il legato abbia consistenza o no.

L. 78, § 4, *de leg.* (30) - Proinde si Stichum legaverit, quum ille ei Stichum, aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Julianus libro trigesimo tertio Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri; et si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur; secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est.

Similmente legato a più persone nel suo vario contenuto il credito alternativo, come p. e. se un'obbligazione alternativa di due cose il testatore avesse legato, una a Tizio l'altra a Sempronio, dipende dalla scelta del debitore se il legato sarà efficace per l'uno o per l'altro.

L. 52, § 1, *de legat.* (31) - Si Titius mihi Stichum, aut decem debeat, et legavero tibi Stichum, quem mihi debet, placet, extingui legatum decem solutis; et si diversis, alii decem, alii Stichus legatus fuerit, ex eventu solutionis legatum valet.

Se invece la scelta è da parte del creditore e il testatore abbia legato una delle cose alternative, il legatario avrà diritto di far valere il legato. Se poi il legato è stato fatto in modo che una delle cose è stata legata ad uno, e l'altra ad un altro, anche qui il legato è efficace e per entrambi. Perocchè l'erede è obbligato a cedere a uno di essi secondo la propria scelta l'azione, e all'altro è dovuta la stima dell'altro oggetto.

L. 79, *de leg.* (30) - Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus, Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare.

Lo stesso si dica nel caso di un'obbligazione correale. Dato il caso che *A* e *B* siano debitori correali del testatore ed egli abbia legato il debito di *A* a *C* e quello di

(1) L. 34, pr. *de leg.* (32).

(2) L. 82, § 5, *de legat.* (30). Vangerow, § 555. Tewes, II, § 115. Pisapia, op. cit., pag. 32.

(3) L. 64, *eod.*; L. 21, § 2, *de liberat. legat.*

(4) § 21, *In f. Inst. de leg.* (2, 20); L. 7, § 2, *de leg.* 30.

(5) Vangerow, III, § 575, n. 1, num. 2. Schupfer, *Oblig.*, pag. 68. De Crescenzio, *Oblig. nell'Encicl. giurid. ital.*, vol. XII, parte prima, fasc. XXVI, § 7, N. 36, pag. 32. Pisapia, op. cit., pag. 31, ss.

*B* a *E*, i due legatarii in tal caso ricevono a scelta dell'erede uno l'azione nascente dalla obbligazione e l'altro la estimazione di esso, sicchè il legato si converte in *legatum aestimationis*.

L. 84, § 5, *de leg.* (30) - Qui Caium et Lucium eiusdem pecuniae reos habebat, si ita legaverit: *quod mihi Caius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare; quod mihi Lucius debet, id heres meus Maevio damnas esto dare*, eam conditionem heredis sui constituit, ut is necesse habeat alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare. Si tamen vivus testator Caio acceptum fecit, necesse est, ut Sempronii et Mae ii legatum inutile sit.

II. *Legatum liberationis*.

**444.** Questo legato si ha quando il testatore esenta dal pagamento di una obbligazione che il legatario gli deve, ovvero che il legatario deve all'erede o anche ad un terzo.

L. 1, pr., *de liberat. legat.* (34, 3) - Omnibus debitoribus ea, quae debent, recte legantur, licet domini eorum sint.

Questo legato può farsi direttamente o indirettamente.

Direttamente, quando è legata puramente e semplicemente la liberazione senza aggiungere somma e cosa, come p. e., *heres meus damnas esto liberare illum* (1), ovvero *Maevium libero, Maevio liberationem lego.*

Indirettamente si può fare un legato di liberazione legando al debitore la somma o la cosa che gli deve, come p. e. *Titio decem quae debet*; *Stichum quem debet, lego*, oppure: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet; praedium tusculanum quod Maevius debet, damnas esto ei dare* (2).

È anche un legato di liberazione indiretta quando il testatore vieta all'erede di esercitare contro il debitore le azioni, ovvero di considerare come estinta un'obbligazione già esistente, ciò però quando si abbia la volontà d'istituire un legato.

L. 2, § 1 *eod.* - Idem Celsus ait, nullam dubitationem habere, quin herede petere a debitore vetito, nec heres heredis petere possit.

L. 1, C., *de falsa causa* (6, 44) - Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem eius, liberare volentis debitorem, manifeste ostendunt. Et ideo aut peti, quod solutum est, non potest, aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberetur, agendum est, nisi liquido probari possit, eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse.

La liberazione può riguardare tutto o parte del debito.

L. 8, pr., *de lib. leg.* (34, 3) - Non solum autem, quod debetur, remitti potest, verum etiam pars eius, vel pars obligationis, ut est apud Julianum tractatum libro trigesimo secundo Digestorum.

Infine si può, mantenendosi il debito, legare una dilazione.

L. 9, § 1, *h. t.*, *eod.* - Potest heres damnari, ut ad certum tempus non petat a debitore; sed sine dubio nec liberare eum intra id tempus cogitur, etsi debitor decesserit, ab herede eius intra id tempus peti non poterit (3).

**445.** Gli effetti di un tal legato, come accenna il testo riprodotto, non portano alla estinzione del debito, ma a rimetterne il pagamento ad altro tempo, ovvero alla morte del debitore; sicchè al legatario non è concessa azione per accettilare la obbligazione, ma semplicemente una eccezione dilatoria. Da questo punto di vista questo legato non potrebbe essere classificato tra i legati di liberazione essendo l'obbietto di esso la liberazione del debito. Però di liberazione ve n'ha qualche cosa quando il legatario debitore per tutta la dilazione stabilita nel testamento è dispensato dall'obbligo di pagamento delle usure e dalle pene private. Naturalmente per quest'effetto bisogna presupporre che le usure siano scadute, e il fatto che dà luogo alla pena si sia verificato dopo la morte del testatore.

L. 9, § 2, *eod.* - Illud videndum est, an eius temporis, intra quod petere heres vetitus sit, vel usuras, vel poenas petere possit. Et Priscus Neratius existimabat, committere eum adversus testamentum, si petiisset, quod verum est.

Perchè il legato di liberazione abbia effetto, bisogna che vi sia un'obbligazione efficace. Non è concepibile un legato di liberazione di un debito in cui vi sia la sua apparenza e non la sostanza. In effetto se ad un debitore, il quale poteva esperimentare contro la domanda del debito una eccezione perentoria, si lega la liberazione di tale debito, il legato è inefficace.

L. 14, *eod.* - Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse (4).

La obbligazione bisogna che sopravviva al testatore, ammenochè, come si è notato innanzi, la estinzione non sia avvenuta pel pagamento fattosi al testatore creditore, senza che costui abbia avuto la intenzione di rivocare il legato.

**446.** La obbligazione se non esiste, il legato sarà sempre nullo in qualunque modo si sia concepito il legato medesimo, cioè sia se la liberazione fosse stata legata puramente e semplicemente, sia che si fosse aggiunta una certa specie o quantità; tale conseguenza è ancora più logica in questo legato che nel legato *nominis* in cui si ha lo stesso effetto.

In effetto l'obbietto vero di questo legato è la liberazione; ora questa non è concepibile dove non vi sia un debito. L'aggiungere la cosa o la quantità nulla cambia alla situazione delle cose, perchè nulla aggiunge e nulla toglie ciò che non ha mai esistito.

Per quanto chiaro sia questo principio, pure è stato uno dei punti più controversi a causa della interpretazione difficile di due leggi secondo le quali si è creduto affermare che, quando il testatore avesse liberato il suo debitore da un debito che in realtà non esisteva, ma che avesse aggiunto la cosa o la quantità del debito immaginario, come p. e., libero Tizio dalla restituzione del fondo Corneliano, ovvero da' dieci ch'egli mi deve, l'erede, non esistendo tale debito, fosse obbligato a dare il fondo o dieci, quasi un legato di liberazione si convertisse in un *legatum speciei* o *quantitatis*.

Il primo testo su cui si fonderebbe questa dottrina è quello riprodotto innanzi nel legato *nominis*, cioè la L. 78, §§ 1 e 2, che giova qui ripetere:

Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum, et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; nam et si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adiecta, constat, nullum esse

(1) L. 19, *de liber leg.* (34, 3); L. 23, *eod.*
(2) L. 25, *eod.*

(3) L. 20, pr., *eod.*
(4) L. 30, *eod.*

legatum quum, si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit.

Quodsi addiderit: *decem quae mihi Titius debet, lego*, sine dubio nihil erit in legato; nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest; proinde et si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet; nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum, et, si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus duntaxat praestare cogeretur.

Questo testo non sarebbe invero di una interpretazione molto difficile per chi lo esamini senza preconcetti e se non vi fosse la L. 25 di questo titolo, le cui difficoltà riverberano sul testo riprodotto.

Nel I° paragrafo Ulpiano, nel caso di una inesistenza di debito, esamina la quistione della validità o meno del *legatum nominis* e del *legatum debiti* e distingue se entrambi i legati siano stati fatti puramente e semplicemente, ovvero *cum adiectione speciei vel quantitatis*. Nel primo caso tanto l'uno quanto l'altro legato senza dubbio alcuno sono nulli; quanto all'altro si decide della validità solo per il *legatum debiti*, perchè in questo il debito aggiunto in tale legato alla quantità o alla cosa, nulla toglie dalla validità di esso. In altra parola qui si tratterebbe di un *legatum speciei* o *quantitatis* qualificata come debito, e quindi, essendo falsa la qualifica, quella rimane come valido legato sotto la forma di *legatum debiti*, mentre in sostanza è un *legatum speciei* o *quantitatis*.

Nel § 2°, si è vero, accenna ad un legato che il giureconsulto non qualifica se è *debiti*, *liberationis* o *nominis*, perchè non è designata la persona del legatario: *decem quae mihi debet lego;* ma dal contesto di tutto questo paragrafo non è punto difficile accorgersi che con queste parole il giureconsulto accenna al *legatum liberationis*. E di vero avendo Ulpiano decisa la questione relativamente al *legatum nominis* e al *legatum debiti*, gli restava a decidere la quistione medesima relativamente al *legatum liberationis* e si decide per la nullità del legato. Altrimenti se fosse vero che, secondo i fautori dell'opinione contraria, in questo luogo Ulpiano alluda ad un *legatum nominis*, lo si farebbe cadere in una ripetizione inutile, dicendo lo stesso di quello che aveva detto nel primo paragrafo. E ciò tanto più che le susseguenti parole della legge: *nam inter falsam demonstrationem, etc.*, si vede il complemento necessario di tutta la dottrina. Imperocchè in questo punto Ulpiano risponde ad un'obbiezione che prevede, cioè se negli altri casi non si trattasse pure di una falsa dimostrazione; e ciò fa dopo esaurita la quistione per tutte e tre le forme dei legati di obbligazione. Egli risponde negativamente, qualificando la parola debito nel *legatum debiti*, come una falsa *demonstratio* e come falsa condizione o causa l'aggiunzione negli altri due legati. Il che val dire che nel *legatum debiti* si accenna dal testatore ad un vero *legatum rei vel quantitatis*, mentre nel *legatum nominis et liberationis*, dovendosi legare un'azione o una liberazione si ha un legato senza causa e senza ragione di essere, quindi nullo.

L'altro testo offre difficoltà gravissime, ed è principalmente quello che sostiene la controversia.

L. 26, *de lib. leg.* (34, 3) - Legavi Titio, quod mihi debetur, vel adiecta, certa quantitate sive specie, vel non adiecta aut ex contrario, aeque cum distinctione, veluti: *Titio, quod ei debeo, vel ita: Titio centum, quae ei debeo;* quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit, et plenius rogo, quae ad haec spectant, attingas quotidiana enim sunt. Respondi, si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum iusserit, ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere, utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adiecta, etiam peti, quod comprehensum est, posse. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: *centum aureos, quos mihi debet, vel: Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere?* Quodsi sic dixit: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare*, etiam illud tentari poterit, ut petere possit, quasi falsa demonstratione adiecta; quod mihi nequaquam placet, quum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget. Sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit, utile esse legatum, certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato, eum demonstratione falsa; idque et Divus Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata.

La parte difficile e quasi inesplicabile di questo testo è quella che comincia con le parole: *Quodsi etiam* fino a *testator existimaverit*. Certamente qui si dovrebbe contenere la soluzione della quistione quanto al *legatum liberationis ab indebito* a voler ritenere il testo così come giace, in questa parte del testo vi sono tre proposizioni: nella prima si afferma che se il *legatum liberationis* fa menzione della quantità o della specie, se c'è debito, il legato è valido e il debitore vien liberato; se poi non c'è debito, si può dire che il legato anche è efficace, essendovi aggiunta una falsa dimostrazione, quindi in questa proposizione pare decisa la quistione in modo generale che tutte le volte, ad un legato *ab indebito* è aggiunto una specie o una quantità, per il principio che *falsa demonstratio non nocet*, il legato è efficace.

Segue una seconda proposizione che stabilisce una forma di *legatum liberationis: centum auros, quos mihi debet, vel Stichum quem debet, heres meus damnas esto non petere;* e a questo per le parole iniziali di questa proposizione pare che Paolo voglia decidere della validità del legato. Finalmente se invece il *legatum liberationis* fosse ordinato in questa forma: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet damnas esto ei dare*, in questa terza proposizione Paolo nega la efficacia del *legatum liberationis*, perchè qui non si tratterebbe di una falsa *demonstratio*, *quum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit.*

In complesso da questo testo non risulterebbe la validità in ogni caso del *legatum liberationis ab indebito adiecta specie vel quantitate*, ma solo quando il legato fosse ordinato nella forma *damnas esto non petere.*

Quando poi si domanda la ragione perchè nello stesso *legatum liberationis ab indebito* l'aggiunzione della quantità o della specie dovrebbe essere efficace nella forma *damnas esto non petere*, e nullo in quella concepita *damnas esto dare*, è inesplicabile mentre dovrebbe essere tutto il contrario. Perocchè trattandosi nel caso di una soluzione affermativa di una conversione di un *legatum speciei* o *quantitatis*, parrebbe che ciò fosse molto più logico nell'affermarlo per il legato nella forma *damnas esto dare*, anzichè in quella *damnas esto non petere*. E di vero nel primo di queste due forme si potrà ben dire che volendo il testatore trasmettere nel dominio del legatario Stico o dieci, la parola debito o dovuto può essere considerata come una qualifica erronea,

mentre nella forma *damnas esto non petere* non si accenna alla trasmissione di una cosa, ma si nega al gravato un'azione che in realtà non esiste. Quindi in questa forma la falsità è in *re ipsa*, nell'altra è semplicemente nella qualifica.

È vero però che la forma *damnas esto dare* riflette anche il dritto di obbligazione e propriamente la soluzione di esso, quindi *dare oportere* è la formola proprio dell'obbligo da parte del debitore; e quindi pare che da questo punto di vista Paolo abbia detto *cum dandi verbum ad debitum referre*. Però è da avvertire che lo stesso sarebbe se nel *legatum debiti* si adoperasse la medesima forma; si supponga che il testatore avesse detto *heres meus Titio centum quod ei debeo damnas esto dare*, si dovrebbe dire che dato il significato del dare essere esclusivamente quello che si riferisce alla soluzione del debito, nel caso proposto il legato dovrebb'esser nullo, *cum dandi verbo ad debitum referre*. Ma invece Paolo alla fine di questo testo decide diversamente e si pronuncia per la validità del legato nell'ultima parte di questa legge sul fondamento della falsa *demonstratio*. Ha ragione dunque l'Arndts di affermare che quella proposizione di Paolo *cum dandi verbum ad debitum referre*, non sia una ragione specifica per quel determinato caso, ma una generale per ogni legato che si riferisca ad una obbligazione. D'altronde l'altra formola *damnas esto non petere* non ha nulla che possa giustificare la validità del legato nella proposta condizione, essendo una pura e mera negazione di una azione che non esiste senza che si accenni alla volontà di trasmettere per legato la specie o la quantità.

Leggendosi adunque il testo tale quale è scritto, vi resta qualche cosa d'inesplicabile e più una contraddizione mentale tra questo testo di Paolo e quello di Ulpiano, più ancora una contraddizione di Paolo tra sè medesimo.

Per questi motivi il testo è stato ritenuto corrotto e quindi necessaria una emendazione. Il più curioso è che la necessità di tale emendazione è stata riconosciuta non solo dai fautori dell'opinione che sosteniamo, ma ancora da quelli che propugnano la validità del *legatum liberationis ab indebito cum adiectione speciei vel quantitatis*; perchè anch'essi, non trovando ragione della differenza messa da Paolo tra le due forme del *legatum liberationis*, vorrebbero che ogni legato di liberazione *ab indebito* fosse considerato valido.

Inutile sarebbe passare in rassegna tutti i sistemi escogitati di emendazione. In generale tutti i fautori della dottrina che sosteniamo si accordano nella opinione che Arndts ha determinato giuridicamente, e, sebbene antica, pure non era stata accettata così generalmente come oggi; cioè quella di mettere un punto interrogativo invece di un punto fermo dopo la proposizione *heres meus damnas esto non petere*.

Così il testo acquisterebbe una logica consistenza e sarebbe risoluta ogni altra difficoltà. Perocchè Paolo nella prima parte di questo punto controverso: *quod si nihil debeat, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti quod comprehensum est posse*, non ha voluto risolvere una quistione, ma ha parlato genericamente. Nella seconda proposizione che è la controversa, sebbene non vi è la risposta all'interrogazione, pure essa è implicita, quando si consideri che quelle parole rivelano un modo di dire per esprimere una negazione; così: è possibile che se uno avesse vietato all'erede di domandare da Tizio cento che mi deve il legato sia valido quando nulla ei mi deve, quasi fosse una falsa dimostrazione. Il che si può ancora invertire in questa altra frase in una forma positiva, non è possibile che ci sia legato quando il testatore abbia proibito all'erede di non domandare il servo o cento che Tizio gli doveva quando non vi era debito alcuno. Finalmente nell'ultima proposizione nega la validità del legato di liberazione anche nella forma *dare damnas esto* e si esprime con la parola *nequaquam mihi placet*, il che si riferisce in un modo tanto generalmente con la parola *nequaquam* da comprendere i due casi. Finalmente nell'ultima parte della parola *contra*, val dire con un distacco reciso tratta del *legatum debiti*, come nella L. 78, § 1, cit. Ulpiano si decide per la validità di esso in caso che il testatore non fosse in nessun modo debitore del legatario, quando nel legato fosse aggiunto una specie e una quantità (1).

**447.** Quanto alle conseguenze, il *legatum liberationis* pel principio generale non crea *ipso jure* la liberazione del debitore, la obbligazione sussiste ancora dopo la morte del testatore. Il legatario acquista dal *dies veniens* un'azione per obbligare l'erede a liberarlo, sia con una *acceptilatio*, sia con altro mezzo giuridico; ovvero acquista un'eccezione per opporre all'erede attore s'egli volesse ripetere l'oggetto della obbligazione.

L. 4, § 3, *de lib. leg.* (34, 3) - Nunc de effectu legati videamus; et si quidem mihi liberatio sit relicta, quum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed etsi cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fecimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari, alioquin, dum a correo meo petitur, ego inquietor. Et ita Julianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem (2).

Generalmente l'azione è l'*actio testamento*, e l'eccezione l'*exceptio doli generalis*. Però qualche volta è conceduta l'*exceptio pacti de non petendo* e qualche altra azione, secondo le circostanze o la *rei vindicatio* o anche la *condictio indebiti*, questa specialmente se il legatario dopo il *dies cedens* per errore avesse pagato all'erede il suo debito, da cui è stato liberato.

L. 26, § 7, *de cond. iud.* (12, 6) - Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut Julianus libro decimo scripserit, si emptor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse

(1) Sostengono questa dottrina, oltre della Glossa (Vedi L. 25, *de liber leg.* (34, 3), c. e. d. Lauterbach, *colleg. Pand. de lib. leg.*, Th. 6. Brunn., *Com. ad leg.* (30). Pothier, *Pand.*, III, *de lib. leg.*, num. XI. Arndts, *Liberatio ad indebita legata, Civil*, S. C. h. r., II, pag. 519 ss. Mühlenbruch, § 751, nota 7. Wening-Ingenheim, § 532, nota 4. Puchta, § 523, nota 9. Vangerow, II, § 555. Müller, *De falsa demonstrat.*, II, pag. 14. Maynz, *Cours de droit romain*, vol. III, § 435. Tewes, II, § 115. Pisapia, o. c., pag. 119 ss.

Sostengono l'opinione contraria, ossia la validità del legato, Heunisch Irenicum Pauli et Ulpiani; Lipsiae 1727. Faber, *Conjecturarum*, lib. V, capo II. Thibaut, *Syst.: braun's ordnungen*, pag. 694. Rosshirt, *Verm.*, II, § 16.

Vedi anche Westrenen, *De liberat. ab indebito legata, Trosi ad Rhen.* 1735. Puntsack, *De legata liberat. ab indebito.* Voet, *Comm. ad Pand. de lib. leg.*, n. II. Wächter, *In crit. zeitschr.*, II, pag. 186.

(2) L. 22, 25, *eod.*, § 13, *Inst.*, *de leg.* (2, 20).

eum fundum condicere. Idemque, et si debitorem suum damnaverit liberare, et ille ignorans solverit.

Se il legatario è liberato da un debito verso un terzo, egli dopo il *dies cedens* acquista il diritto ad un'azione contro dell'erede perchè lo liberi in qualunque modo e in qualunque forma dall'obbligo verso il terzo.

Quando la liberazione legata si riferisce a tutti i debiti, il legatario è liberato da tutte le obbligazioni esistenti dal tempo della fazione del testamento, mentre quelle contratte dopo non cadono nel legato di liberazione.

L. 32, §§ 4 e 5, *de lib. leg.* (34, 3) - *Caio Seio optime merito hoc amplius lego, concedique volo, neque ab eo peti, neque ab heredibus eius quidquid mihi aut chirographis, aut rationibus debitor est, vel quidquid a me mutuum accepit, vel fidem meam pro eo obligavi;* quaero, utrum id solum, quod eo tempore, quo testamentum fiebat, debebatur, legatum sit, an et si quid ex ea summa usurarum nomine postea accessit, legato cedat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, videri omnem obligationem Seio eius debiti per fideicommissum solvi voluisse.

Item quaeritur, si postea novatione facta et ampliata summa coeperi debere, an id, quod ex vetere contractu debebatur, nihilhominus in causa legati duret, an vero novatione facta quasi novus debitor ampliatae summae possit conveniri. Respondit, id dumtaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen remansit in ea voluntate testator, quae tunc fuisset (1).

**448.** Il *legatum liberationis* giova anche all'erede del legatario e naturalmente quando questi manca dopo il *dies cedens* del legato, e ciò anche quando il testatore nel legato non abbia fatto menzione degli eredi.

L. 2, § 1, *de lib. leg.* (34, 3) - Idem Celsus ait, nullam dubitationem habere, quin herede petere a debitore vetito nec heres heredis petere possit.

L. 16, *eod.* - Si quis in testamento damnatus est, ne a Titio debitore exigat, neque ipsum, neque heredem eius potest convenire; nam neque heredis heres agere, neque ab heredi, herede potest peti. Heredis autem heres potest damnari, ne exigat debitorem.

La liberazione può o no giovare agli altri condebitori nel caso vi fosse pluralità di debito secondo le circostanze.

Se di più debitori uno è principale e l'altro accessorio, come il fidejussore, bisogna distinguere:

*a*) se il debitore principale è liberato, questi ha il diritto che si estingua tutta la obbligazione e quindi può imporre all'erede di accettilare, essendo estinta con la principale obbligazione accessoria, con ciò è raggiunta completamente la volontà del testatore che voleva si estinguesse tutta la obbligazione.

E c'è anche un'altra ragione, l'interesse del debitore principale è che sia estinta tutta l'obbligazione, perchè se il creditore si facesse pagare dal fideiussore, questi per mezzo dell'azione di regresso si rivolgerebbe contro di lui, debitore principale, e così sarebbe frustrata la volontà del testatore, perchè resterebbe inutilizzato il legato di liberazione. Ma se tale azione di regresso non ci fosse come p. e., quando la fideiussione fu fatta *animo donandi*, il debitore principale può far valere il suo *legatum liberationis* col *pactum de non petendo*, non importa se l'erede creditore si faccia pagare dal fidejussore.

*b*) Se invece la liberazione riflette solo il fidejussore questi non potrebbe far valere il suo legato per mezzo dell'accettilazione. E di vero questa forma di estinzione toglierebbe di mezzo tutta la obbligazione, ond'è che sarebbe liberato anche il debitore principale, ciò che non era nell'intenzione del testatore. Perciò egli si libera dalla obbligazione accessoria col *pactum de non petendo in re.*

L. 6, pr., § 1, *h. t.* (34, 3) - Si quis reum habeat et fideiussorem, et reo liberationem leget, Julianus ibidem scripsit, reum per acceptilationem liberandum, alioquin si fideiussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur. Quid tamen, si donationis causa fideiussor intervenit, nec habet adversus reum regressum, vel quid si ad fideiussorem pecunia pervenerit, et ipsae reum dederit vice sua, ipseque fideiusserit? pacto est reus liberandus. Alioquin solemus dicere, pacti exceptione fideiussori dandam, quae reo competit: sed quum alia sit mens legantis, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus, § 1. Quod si fideiussori sit liberatio legata, sine dubio, ut et Julianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus; sed et hic puta interdum acceptilatione liberandum, si vel reus ipse vere fuit, aut in eam rem socius reus.

L. 2, pr., *h. t.* - Heredem damnatum a fideiussore non petere, a reo petere posse; sed a reo petere vetitum, si a fideiussore petat, reo ex testamento teneri, Celsus putat (2).

Nel caso che vi siano più debitori correali, e il legato è fatto ad un solo di essi, secondo il principio accennato innanzi, il legatario non può esser liberato per mezzo dell'*acceptilatio*, sibbene col *pactum de non petendo;* imperocchè in tal caso il *pactum de non petendo* risolve per il vincolo di correalità tutta la obbligazione rispetto al legatario, e quindi non in rapporto all'altro. Invece se i *correi debendi* fossero socii in guisa che vi fosse l'azione di regresso nell'*actio pro socio*, allora il legatario dev'essere liberato con l'*acceptilatio*, altrimenti si renderebbe frustranea la volontà del testatore.

Giacchè se l'altro debitore paga, il socio legatario sarebbe esposto contro dell'altro coll'*actio pro socio;* quindi si rende frustraneo il legato.

L. 4, § 3, *h. t.* (34, 3) - Nunc de effectu legati videamus; et si quidem mihi liberatio sit relicta, quum solus sit debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed etsi cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi et mihi so i testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fecimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari, alioquin, dum a correo meo petitur, ego inquietor. Et ita Julianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberare, si socii, per acceptilationem.

**449.** III. *Legatum debiti.*

Si ha il *legatum debiti* quando il debitore lega al suo creditore la cosa o la somma che gli deve.

Questo legato espresso in un modo così semplice pare non debba avere alcun effetto, perocchè il debitore che fa un simile legato al suo creditore, non gli porta vantaggio alcuno e quindi, se nel legato non c'è che puramente e semplicemente il debito, il legato medesimo è nullo.

§ 14, *Inst.*, *de leg.* (2, 20) - Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legatum, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quodsi in diem vel sub conditione debitum ei jure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. Quodsi vivo testatore dies venerit aut conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel

(1) L. 28, § 1, *eod.*

(2) L. 10, 11, *h. t.*

constitit: quod et verum est; non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest.

Bisogna adunque che vi sia più nel legato che nel debito: *plus esse in legato quam in debito*, perchè il legato sia valido. Per la qual cosa oggetto del legato sarà quel vantaggio maggiore che per mezzo di esso legato si concede al creditore come i due casi che contempla Giustiniano stesso nel testo riportato ai quali si possono aggiungere una serie di altri casi simili.

L. 1, § 10, *ad leg. Falc.* (35, 2) - Si quis creditori suo, quod debet, legaverit, aut inutile legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur, aut si propter repraesentati nis, puta, commodum utile erit, lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit (1).

Il vantaggio che forma l'oggetto del legato può essere svariatissimo.

1° Nel liberare la obbligazione da una condizione o da un *dies*.

L. 15, *de lib. leg.* (34, 3) - Idem est, et si in diem debitor fuit, vel sub conditione.

L. 29, *de leg.* (30) - Sin autem neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur, inutile est legatum.

2° Quando contro l'azione del creditore il debitore aveva un'*exceptio* perpetua, se questi lega al suo creditore il debito, s'intende rimessa la eccezione perpetua.

L. 14, *h. t.* (34, 3) - Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse (2).

Quando si è creditore chirografario per mezzo del legato di debito, il creditore acquista la garanzia legale, ovvero se la obbligazione è naturale o semplicemente onoraria, col legato di debito si acquista l'azione civile.

L. 28, pr., *de leg.* (30) - Si creditori meo tutus adversus eum exceptione id, quod ei debeo, legam, utile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur, sicut Aristo ait, id, quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

In generale il legato è valido tutte le volte che vi sia l'esperimento dell'*actio testamenti* per qualunque vantaggio come un tempo più breve, ecc.

Anche per questo legato bisogna che il debito sia esistente. Se debito non esistesse, il legato sarebbe nullo. Però a differenza degli altri due legati, quando al legato non esistente è aggiunta una specie o una quantità, il *legatum debiti* è valido secondo i testi riportati negli altri due legati, cioè L. 75, § 1, *de leg.* (30) e L. 25, *h. t.* (34, 3).

### § 120. — *Del legato di dote.*

T., D. *de dote praelegata* (33, 4).

450. Legato di dote fatto in favore del marito. — 451. Legato di dote direttamente alla donna. — 452. Legato di dote già costituita; importanza di questo legato.

**450.** Anche la dote può esser legata nelle seguenti forme:

1° La dote può esser oggetto di legato fatto al marito. In tal caso però il vero vantaggio è fatto alla donna essendo lei la dotata. Quando per colpa dello sposo il matrimonio non si è conchiuso, è dato a lei diritto alla restituzione della dote; se poi il matrimonio è conchiuso, essendo il legato fatto in contemplazione anche del marito durante il matrimonio, questi ha tutto il diritto di esercitare le azioni nascenti dal legato; cessato il matrimonio, il diritto di ripeter la dote è comune a lei ed al marito.

L. 71, § 3, *de cond. et demon.* (35, 1) - *Titio, genero meo, heres meus dotis Seiae, filiae meae, nomine centum dato*, legati quidem emolumentum ad Seiam, quae dotem habere incipit, pertinebit; sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legavit, consultum videtur, prope est, ut ipse legatarius intelligatur, et legatum petere debeat. Si post divortium genero pecuniam heres solverit, aeque liberabitur, quoniam in dotem solutio convertitur. Constante autem matrimonio, etiam prohibente muliere, Titio recte solvetur; hoc enim mulieris interest, ut incipiat esse dotata. Nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit, eaque pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dubie doli submovebitur exceptione. Ante nuptias vero Titio vel muliere defunctis legatum aput heredem manet; quodsi nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligitur, sed Titio legatum petenti nocebit exceptio doli. Sabinus autem existimabat, nupta muliere Titio, sine cautione legatum deberi, quoniam pecunia dotis efficeretur; sed quum ante nuptias, quia purum legatum est, peti potest, cautio: *mulieri pecuniam reddi*, necessaria erit. Quodsi maritus vitio suo causa ceciderit, neque solvendo sit, numquid adversus heredem mulieri, quae nihil deliquit, succurri debeat ob eam pecuniam, quae doti fuerat destinata? Sed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, salvam habebit, non soluta pecunia viro, mulier actionem (3).

**451.** 2° Se la dote è legata direttamente alla donna, questa sola avrà l'azione per ripeterla. Quando in un simile legato il testatore non ha espresso la condizione delle future nozze, esso è riguardato come un legato a scopo determinato, e, dando la cauzione, si può subito ripetere. E però, se la legataria muore prima di contrarre matrimonio, non trasmette nulla agli eredi, essendo la determinazione dello scopo puramente personale (4).

**452.** 3° Obbietto del legato può essere una dote già costituita, ed allora il *legatum dotis* rientra nel legato riflettente il diritto di obbligazione. Cosicchè se si lega da chi ne ha il diritto la facoltà di esigere dal debitore la dote, il legato è un vero *legatum nominis* (5).

---

(1) L. 29, *de iur. dot.* (23, 3); L. 49, § 6; L. 69, § 2, *de leg.* (30); L. 25 in fine; L. 28, §§ 13 e 14, *de lib. leg.* (34, 3); L. 57, 81, § 1, *ad leg. Falc.* (35, 2).

Su questo punto si è creduta da alcuni moderni che questo principio, se aveva qualche valore per dritto antico, non lo ha più nella legislazione giustinianea, e che sia stato un errore de' compilatori di ripeterlo in un testo *Corpus iuris*. Per la legislazione giustinianea il legato di debito sarebbe sempre utile, offrendo sempre vantaggi al creditore. Arndts, *Civ. Schr.*, II, pag. 479. Tewes, II, § 115, III, 2. Maynz, III, § 436, pag. 651. Però quest'ultimo ammette che qualche volta può il *legatum debiti* non offrire vantaggi al creditore; ed allora è una pura e semplice questione di frase, perocchè se è possibile che anche nella legislazione giustinianea si possano avere *legata debiti* senza *commodum*, è dunque esatto che per avere un *legatum debiti* valido, bisognavi sia più nel legato che nella obbligazione. Vedi Pisapia, op. cit., pag. 59, nota quarta.

(2) L. 28, pr., *de leg.* (30).

(3) L. 29, 48, § 1, *de iur. dot.* (23, 3); L. 43, *de leg.* (32); L. 1, § 3, *de cont. et demonstr.* (35, 1).

(4) L. 71, § 3, *de cont. et demonstr.* innanzi riportata.

(5) L. 1, § 10; L. 7, *h. t.*

4° Se il marito lega l'obbligo di restituire la dote, il *legatum* sarà un vero *legatum debiti*, ed avrà per vantaggio quel di più che si potrà ottenere coll'*actio ex testamento*. Come il *legatum debiti* tal legato di dote è nullo quando non vi è dote; ma se è stata determinata una somma, la donna può ripetere il legato come se esistesse la dote.

§ 15, *Inst.*, *de legat.* (2, 20) - Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si quam non accepit dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in praelegando demonstrata sunt, valere legatum (1).

5° Finalmente la moglie può legare al marito la propria dote, il qual legato ha tutta la figura ed importanza del *legatum liberationis*, avendo per effetto la liberazione dal marito di restituire la dote.

L. 1, § 7, *h. t.* (33, 4) - Sed et si dotem promiserit mulier neque dederit, et decedens maritus uxori dotem praelegaverit, mulier nihil amplius, quam liberationem habebit. Nam et si quis ita legaverit: *centum, quae in arca habeo, aut: quae ille apud me deposuit*, si nulla sint, nihil deberi constat, quia nulla corpora sint.

## Capitolo VII. — Del fedecommesso universale.

### § 121. — *Precedenti storici del fedecommesso universale.*

Bibliografia.

T., I. *De fideicommissariis hereditatibus* (2, 23). — T., D. *ad Senatusconsultum Trebellianum* (36, 1). — T., C. *Ad Senatusconsultum Trebellianum* (6, 49). — Donello, *Comm.*, lib. VIII, cap. 21. — Haase, *De vera vi fideicommissi universalis*, Lips, 1805. — Rosshirt, *Verm.*, I, pag. 120. — Ferrini, *De' legati e fedecommessi*, p. 33, ss. — Vangerow, II, § 556, ss. — Maynz, § 445. — Windscheid, § 662.

453. Fedecommesso universale colla forma di *partitio legato* e di *fideicommissum hereditatis*; differenze tra queste due forme. — 454. Tempo in cui cominciò a concretarsi la successione per fedecommesso. — 455. Dei Senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano.

**453.** A compimento di ciò che si disse nel § 107 si poteva lasciare ad altro per successione mediata non solo una cosa speciale, ma tutta la eredità e una quarta parte di essa. Ciò poteva avvenire sia nella forma del legato, e allora dicevasi *partitio legata*, mediante cui s'imponeva all'erede la divisione dell'eredità con una terza persona secondo date proporzioni, ovvero ciò avveniva per fedecommesso detto *fideicommissum hereditatis*.

La differenza tra l'una e l'altra forma era principalmente la stessa che intercede tra legato e fedecommesso, ma ancora in ciò che il legato di partizione era sempre causa di successione singolare, mentre il fedecommesso, sebbene dal principio non produceva alcuna azione, pure secondo il dritto delle genti aveva una certa fisonomia di successione universale quantunque mediata.

Esso consisteva nell'obbligo imposto all'erede di restituire al fedecommessario tutta o una quota parte della eredità.

**454.** Questo carattere di successione universale, antichissimo, ma senza valore giuridico, incominciò ad accentuarsi ed a concretarsi al tempo dell'Impero quando si concedettero al fedecommissario le azioni universali. Il primo provvedimento per dare carattere stabile al fedecommesso fu fatto al tempo di Nerone col Senatoconsulto Trebelliano. Prima di questo provvedimento legislativo il fedecommessario, sebbene avesse per mezzo dell'erede fiduciario tutta o una quarta parte dell'eredità, pure era considerato come un successore singolare, aveva al più il carattere di compratore della eredità. Il successore universale era sempre il fiduciario col danno suo, perchè anche dopo la restituzione egli era obbligato a tutti i debiti ereditarii, purchè non si fosse garentito con apposite cautele.

**455.** Il Senatoconsulto Trebelliano, come si disse, provvide a questo inconveniente stabilendo formalmente la trasmissibilità al fiduciario di tutte le azioni ereditarie attivamente e passivamente.

Più tardi, e propriamente sotto Vespasiano, fu pubblicato un nuovo Senatoconsulto, il Senatoconsulto Pegasiano col quale si ovviò ad altri inconvenienti.

In effetti il Senatoconsulto Trebelliano aveva assicurata la posizione del fiduciario, perchè il fedecommissario con la trasmissione della eredità e delle azioni attive e passive ereditarie si liberava dagli obblighi ereditarii medesimi, ma il fedecommissario restò esposto ad un altro pericolo, quantochè il fiduciario, che doveva restituire l'eredità, poteva mettere in pericolo il dritto del fedecommissario, con la rinunzia della eredità.

Il Senatoconsulto Pegasiano stabilì che l'erede poteva essere obbligato ad accettare la eredità quando nol volesse. Dippiù a quell'erede fiduciario che volontariamente accettava la eredità fu conceduto di ridurre il fedecommesso secondo la legge Falcidia, quando il fedecommesso medesimo ledeva la quarta. Ond'è che da questo punto di vista il fedecommissario era, sebbene erede universale, considerato come legatario rispetto al fiduciario, o come l'antico legatario di partizione escludendosi così il passaggio delle azioni (2).

Giustiniano infine determinò più nettamente il carattere del fedecommesso universale come successione ereditaria, perocchè il fedecommissario fu considerato come una specie di erede sotto condizione e quindi come un coerede, e perciò le azioni si considerano come passate al fedecommessario ex SC. Trebelliano alla morte del testatore.

### § 122. — *Nozione e ordinamento dei fedecommessi universali.*

456. Costituzione del fedecommesso universale; differenza con la sostituzione volgare. — 457. Forme del fedecommesso.

**456.** Come nel legato singolare, così nel fedecommesso universale sono necessarie tre persone, il testatore fedecommittente, l'erede cui è imposta la restituzione o fiduciario, e la persona a cui si deve restituire la eredità o la quarta parte di essa o fedecommissario.

Quest'istituto di dritto somiglia alla sostituzione in ciò che l'erede fedecommissario è sostituito al fiduciario, indi il nome di fideicommissaria *substitutio*.

L. 57, § 2, *eod.*, *S. C. Treb.* (36, 1) - Peto a te, uxor carissima, uti, quum morieris, hereditatem meam restituas filiis

(1) L. 1, § 8; L. 5, *h. t.*

(2) Vedi Scialoia nella L. 12, C. *de fidei.*, pag. 6 (Giur. Abbruzzese). Ferrini, l. c., pag. 424. *Falcidia*, *Dig. Ital.*, pag. 56.

meis, vel mei eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles ex tota cognatione mea; inter filios, respondi, substitutionem fideicommissi factam videri.

Vi è però questa rilevante differenza: che nella sostituzione volgare per essere si chiede efficace che l'istituito non adisca la eredità; mentre la sostituzione fedecommissaria riceve la sua validità appunto dall'accettazione dell'erede fiduciario.

Se l'erede deve consegnare ad altri per comodo del testatore l'eredità che gli venne da un terzo, tale disposizione sarà valida, ma non propriamente come fedecommesso universale, ma un legato di cosa appartenente all'erede.

L. 27, § 9, *ad S. C. Treb.* (36, 1) - Quare si Maevius te heredem instituerit, et rogaverit, ut (hereditatem Titii uni restituas, tuque) hereditatem Maevii adieris, perinde a te fideicommissum petetur, ac si fundum, qui tibi a Titio legatus esset, restituere rogatus fuisses; ideoque et si suspectam Maevii hereditatem dixerit, cogi te non oportet eam adire.

§ 10 - Quodsi Maevius te rogaverit, et suam hereditatem, et Titianam restituere, tuque sponte adieris hereditatem, uteris legis Falcidiae commodo et partem quartam Maevianae hereditatis retinebis, dimidiam et quartam ex fideicommisso restitues, nec interierit, eidem utramque hereditatem, an alii Maevianam, alii Titianam rogatus fueris restituere. Sed si suspectam Maevianam hereditatem dixeris, cogeris eam adire, et restituere ei, cui rogatus fueris, is autem, cui Titianam hereditatem restituere rogatus fueris, non poterit te compellere ad adeundum (1).

**457.** Circa la forma, come il legato, il fedecommesso può essere ordinato in un testamento, in un codicillo o in un orale fedecommesso.

L. 32, C. *de Fideicom.* (6, 42) - Quaestionem ex facto emergentem resecantes, et voluntati mortuorum prospicientes, sancimus, si sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto, fideicommissari elegerit heredis iuramentum, vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quoties ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis sive speciale, necesse habere heredem vel legatarium seu fideicommissarium, prius iureiurando de calumnia praestito, vel sacramentum subire et omni inquietudine sese relaxare, vel, si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expectat, omnimodo exactioni fideicommissi subiacere, et eum ad satisfactionem compelli, quum ipse sibi iudex et testis invenitur, cuius religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis. Sed sive quinque sint testes, sive minores, vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem quam exactionem, sive pater sit, qui fideicommissum dederit, sive extraneus, ut aequitatis ratio communiter in omnes procedat. Quum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Quum autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneum fidem decurratur propria et indubitata relicta? quum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt, et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerint (2).

Il fedecommesso può essere ordinato anche tacitamente nei seguenti casi:

1° Quando il testatore fa obbligo all'erede d'istituire a suo erede una determinata persona.

L. 17, pr., *h. t.* (36, 1) - Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et Senatus censuit rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse, verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret (3).

2° Si ritiene anche come un fedecommesso tacito quando il testatore per favorire i nipoti comanda che il figlio istituito erede non faccia testamento.

L. 74, pr., *eod.* - Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua caverat Ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι (*Mando tibi non testari, donec liberi tibi sint*, versio vulg.) pronuntiavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petiisset, ut fratrem suum heredem faceret; sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.

In tutti e due questi casi l'erede che ha avuto tale ingiunzione può bensì fare un testamento ed istituire un erede, ma dopo la morte del testatore il fiduciario deve restituire la eredità ricevuta dal testatore o al terzo o ai suoi eredi *ab intestato*.

3° È ancora un fedecommesso tacito la istituzione dell'erede in una *res certa* come si è notato altrove, (§ 105).

4° Quando si dà l'incarico all'erede di dividere la eredità con un altro, ovvero esserne coerede, è ancora un fedecommesso tacito.

L. 78, pr., *h. t.* (36, 1) - Lucius Titius intestato moriturus, quum haberet uxorem, et ex ea filiam emancipatam, codicillis haec verba inseruit: pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filiam. Itaque rogo, quidquid aut ego reliquero, aut vos ipsae habeatis, commune vobis sit. Quodsi non ego rogarem, vos pro vestra pietate faceretis; filia intestati patris bonorum possessionem accepit; quaesitum est, an aliqua pars hereditatis Lucii Titii ex causa fideicommissi a filia matri debeatur. Respondit, secundum ea quae proponerentur, deberi, si etiam uxor parata sit in commune bona sua conferre.

L. 19, § 1, *eod.* - Te rogo Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris; ex Senatusconsulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit, *rogo hereditatem illam restituas;* nec verba spectantur Senatusconsulti sed sententia quibuscumque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.

Nel fedecommesso imposto ai discendenti è sottintesa la condizione che costoro morissero senza figliuoli.

L. 101, *de cond. et demon.* (35, 1) - Quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut si intra annum trigesimum moreretur hereditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra aetatem suprascriptam vita decessit; fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod unicus scriptum quam dictum fuerat, inveniretur (4).

5° Può essere ancora considerato come tacito fedecommesso il caso quando all'erede si vieta di alienare la eredità o una quota parte di essa in favore di determinate persone.

L. 117, § 14, *de leg.* (30) - Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint,

(1) L. 17, § 1, *eod.*; L. 114, § 7, *de leg.* (30).
(2) § 12, *Inst.* (2, 23).
(3) L. 114, § 6, *de legat.* (30).
(4) L. 30, C. *de fideicom.* (6, 42).

quia talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse; sed haec neque creditoribus, neque fisco fraudi esse, nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

Anche la clausola codicillare è forma indiretta di fedecommesso universale; quando che fatta valere la clausola codicillare, come si è veduto a suo luogo, gli eredi istituiti in quel testamento prendono il carattere di fedecommessarii e gli eredi *ab intestato* del testatore assumono il carattere di eredi fiduciarii.

L. 2, § 4, *de iur. codicill.* (29, 7) - Hereditas testamento inutiliter dato, non potest codicilli quasi hereditas confirmari. Sed ex fideicommisso petitur: salva ratione legis Falcidiae (1).

### § 123. — *Oggetto del fedecommesso.*

BIBLIOGRAFIA.

Nov. 108.
Marezoll, *Ueber den Auspruch des fideicommis. Erben auf die dem Fiduciare, Zeitschrift f. Civilr. u. Process.*, vi, n. 10. — Rosshirt, *Zeitschr.*, vi, pag. 224. — Reichardt, *De fideicomm. eius, quod superfuturum erit*, Jenae 1785 — Arndts, § 583. — Rosshirt, *Verm.*, i, pag. 154. — Vangerow, 494. — Tewes, ii, § 118.

458. Oggetto del fedecommesso. — 459. Del fedecommesso *quod superfuturum erit;* criterio stabilito da Giustiniano.

**458.** È oggetto del fedecommesso tutta la eredità o, secondo i casi, la quota parte di esso. In generale ne' fedecommessi più che in altra disposizione di ultima volontà vale la massima che è da tener presente molto più la intenzione del testatore che qualunque regola o espressione.

Nei casi particolari molte volte, secondo la forma di cui si è servito il testatore, può esservi dubbio quale sia in effetto il contenuto e l'obbietto del fedecommesso. Per lo più i giureconsulti romani presero in considerazione i seguenti criterii, perchè si potesse determinarne l'obbietto.

1° Quando il testatore si è espresso in una forma semplice e generica p. e., impongo al mio erede di restituire la eredità o la sua porzione ereditaria a Tizio; l'obbietto del fedecommesso consiste in ciò che l'erede acquista tale eredità *iure hereditario*. Se per caso nel medesimo testamento è stata legata una cosa, e tale legato grava sopra un altro coerede, fosse anche un fedecommesso, tale cosa non forma obbietto del fedecommesso, e quindi non è obbligato a restituirla.

L. 94, *de legat.* (32) - Si Titius, ex parte heres rogatus sit Maevio hereditatem restituere, et rursus Titio coheres eius rogatus sit partem suam, aut partis partem restituere, hanc quoque partem quam a coherede ex fideicommisso recepit, Titius restituere Maevio debeat, Divus Antoninus Consultus rescripsit non debere restituere, quia hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continerentur (2).

Se oltre all'eredità, all'erede parziario è stato rilasciato un prelegato, poichè *a semetipso inutiliter legatur*, fa parte del fedecommesso quella porzione che egli dovrebbe a sè medesimo, non le altre che gravano sopra gli altri coeredi.

L. 18, § 3, *h. t.* (36, 1) - Si legatum sit heredi relictum et rogatus sit, portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit, ceterum quod a semetipso ei relictum sit, in fideicommissum cadit.

Similmente quando all'erede si dà qualche cosa *conditionis implendae causa*, l'erede non ha obbligo di restituire.

L. 44, § 4, *de cond. et demon.* (35, 1) - Quum hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est, heredi dandum est, ut impleatur conditio, nec hoc restituendum est ex causa fideicommissi.

2° Sono obbietti del fedecommesso tutti i frutti che sono percepiti prima dell'accettazione dell'eredità e quindi devono essere in questa proporzione restituiti: *fructus ante aditam hereditatem in restitutionem veniunt*. Il fedecommessario ha dritto alla restituzione dei frutti dal giorno della mora.

L. 18, pr., *h. t.* (36, 1) - In fideicommissaria hereditatis restitutione constat, non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut quum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere, § 2. Quoties quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis; fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur (3).

**459.** Quando il fedecommesso è stato ordinato in modo che il fiduciario sarà obbligato a restituire *quod superfuturum erit*, è dubbio qual potrà essere l'oggetto del fedecommesso; perocchè in tal forma il fiduciario non è come negli ordinarii fedecommessi obbligato a restituire se non quello che supera. Secondo il diritto classico veramente il fedecommessario poteva ripetere quello che superava al fiduciario, sicchè questi aveva una più o meno larga libertà di disporre. Solo quando le cose fossero state al fiduciario alienate per frode, allora il fedecommessario aveva la facoltà di ricuperare le cose alienate.

L. 54, pr., *ad SC. Trebell.* (36, 1) - Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset Maevio restituere; quod medio tempore alienatum, vel deminutum est, ita quantoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Divus autem Marcus, quum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis: *quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas*, et viri boni arbitrium inesse credidit; iudicavit enim erogationes, quae ex hereditate factae dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribui oportere; quod mihi videtur non tantum aequitatis ratione, verum exemplo quoque motus fecisse. Quum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quaereretur, peculium autem, quod in castris fuerat acquisitum militi, relinqui placeret, consultus Imperator, sumptus, quos miles fecerat non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniae decedere oportere constituit. Propter huiusmodi tractatus Maevius fideicommissi nomine cautionem exigere debet; quod eo pertinet, non ut ex stipulatione petatur, quod ex fideicommisso peti non poterit, sed ut habeat fideiussores eius quantitatis, quam ex fideicommisso petere potuit.

Giustiniano diede un criterio più sicuro dell'oggetto del fedecommesso istituito nella suddetta forma. Prima di lui, come si è veduto, il fedecommesso poteva essere illusorio, perocchè il fiduciario poteva servirsi ed alienare le cose purchè non vi fosse la frode ciò che era molto difficile a provare. Giustiniano, dunque ordinò che in tale fedecommesso, il fedecommessario aveva dritto a quello che superava all'erede fiduciario, ma però questo

(1) L. 12, § 1, *de iniust. rup.* (28, 3); L. 88, § 17, *de leg.* (31); L. 8, § 1, C. *de codicill.* (6, 36); L. 76, *h. t.* (36, 1).

(2) L. 59, § 1; L. 62, pr., *h. t.* (36, 1).
(3) L. 44, § 1, *eod.*

supero non doveva esser meno di un quarto di tutta la eredità. Onde è che l'oggetto del fedecommesso in tali forme era sempre sicuro, essendo al più limitato ad un quarto dell'eredità. Solo in caso di necessità, come sarebbe p. e., la costituzione di una dote quando non si avesse altra sostanza, ovvero per la redenzione dei prigionieri, si poteva allora disporre anche di questa quarta parte. Sulle tre quarte parti che restavano libere all'erede fiduciario, egli non poteva nè istituire eredi, nè fare donazione tra vivi.

Nov. 108, Cap. 1.
Nobis ergo recte visum est hanc ita disponere legislationem ut, si quidem universaliter aliquis dicat restitutionem fideicommissi, quae in tabulis decreta sint, et a nobis jam sancita. Si vero tale fideicommissum quale subiacet, et ea, quae inveniuntur seu remanent in tempore mortis, testator submittat sola in fideicommissum, tunc indefinite dictum prioribus sub quadam legitima deducere divisione et ordine. Si quis enim haec, aut etiam aliquid tale aliud dixerit, sancimus, usque ad Falcidiam solum suae institutionis necessitatem habere servare eum, qui oneratus est fideicommissi restitutione, et non posse aliquid penitus ex illa minuere, sufficiens exsistens, sed heredi quidem supersint tres partes, illi autem quartae solius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui gravatus est, etiam donationibus uti aliquibus, et forsan ex studio (quod Papinianus dicebat intervertendi fideicommissi causa), ut etiam quarta minuatur institutionis eius, sed hoc omnino relinquere fideicommissum, aliis omnibus in eius positis potestate, et licentiam habere eum his sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit. Si vero et ipsam quartam is, qui gravatus est, contingat, necessarium est perscrutari causam, secundum quam hoc egit. Et si quidem aut dotem voluerit dare, aut sponsalitiam largitatem, aliam non habens substantiam, oportet ei hoc permitti agere, et hoc videlicet, quod nostra continetur iam lege, in qua ei omnino non negavimus talem deminutionem. Si vero et in captivorum redemptionem (hanc enim excipimus et dicamus Dea causam), et hoc licentiam eum habere facere, et minuere etiam quartam pietatis ratione, quod omnium nobis pretiosius videtur.

Non può essere mai oggetto di fedecommesso tutto ciò che il testatore non può togliere o negare al fiduciario come sarebbe la porzione legittima, la *Quarta Divi Pii*, ecc. (1)

### § 124. — *Acquisto del fedecommesso.*

460. Regole relative all'acquisto del fedecommesso. — 461. Cauzione al fiduciario di accettare la eredità secondo il SC. Pegasiano; applicazione di questo principio. — 462. Effetto della cauzione. — 463. Effetto dell'accettazione da parte del fiduciario.

**460.** L'acquisto d'un fedecommesso universale è regolato dalle medesime norme dei legati. C'è anche qui un *dies cedit* ed un *dies venit*. Dal primo di questi termini, che succede per lo più alla morte del testatore, il fedecommessario acquista per sè il dritto al fedecommesso e lo trasmette ai suoi eredi.

L. 25, pr., *SC. Treb.* (36, 1) - Quidam ita testamento scripserat: *a te, heres, peto, fideique tuae committo, ut, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die aut si prius quid ei acciderit, matri eiusdem reddas;* quaeritur quum, antequam adeatur hereditas, puer decesserit, an fideicommissum matri debeatur. Respondi, si puer, antequam dies fideicommissi cedat decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem; postea autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere. Sed an ea voluntas fuit patrisfamilias, ut, si ante restitutum fideicommissum puer decessisset matri potius, quam heredibus praestaretur. Praetor aestimabit ex persona matris, et ex persona heredis pueri. Marcellus: sed testatoris voluntati congruum est, quandocumque puer decesserit, sive antequam dies fideicommissi cedit, sive postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit; eoque iure utimur.

Dal *dies veniens*, come nei legati, si può far valere il fedecommesso, e tale giorno viene in un tempo più o meno lungo, secondo che sono ordinati i fedecommessi dopo l'accettazione della eredità da parte del fiduciario e spesso dopo la morte del fiduciario. Questo avviene anche quando la restituzione si mette a volontà del fiduciario medesimo.

L. 41, § 13, *de legat.* (32) - Scaevola respondit: quum heres scriptus rogatus esset, quum volet, alii restituere hereditatem, interim non est compellendum ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.

L'acquisto del fedecommesso suppone l'accettazione dell'eredità da parte dell'erede fiduciario. Sicchè era in facoltà del fiduciario di rendere o no possibili i fedecommessi, perchè con la sua rinuncia all'eredità, rendeva vano ogni fedecommesso. Come si è veduto innanzi il Senatoconsulto Pegasiano ovviò a tale inconveniente, stabilendo il principio che l'erede fedecommissario potesse costringere il fiduciario ad accettare la eredità (2).

Per applicare questo principio bisogna tener presenti le seguenti norme:

1° Per tutto ciò che non può essere obbietto di fedecommesso, sicchè non si ha un vero fedecommesso universale non può essere soggetto a tale coazione, come p. e., il fiduciario, quando si è imposto al fiduciario di restituire la eredità di un altro che pervenne a lui.

L. 16, § 5, *h. t.* (36, 1) - Sed et si quis non hereditatis suae partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Seiae, quae ad eum pervenerat, vel totam, vel partem eius, heresque institutus suspectam dicat, quum placeat illud quod Papinianus ait, ex Trebelliano transire actiones, dici poterit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire, et restituere hereditatem, totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere (3).

2° Il diritto a costringere il fiduciario ad accettare la eredità spetta all'erede fedecommissario, anche quando

(1) L. 18, § 3, *ad SC. Trebell.* (36, 1); L. 96, *de leg.* (32); L. 77, § 12, *eod.*

(2) Gai, *Inst.*, II, 258. Ulp., *Fragm.*, XXV, 16, §§ 6 e 7. *Inst.*, *de fideicomm.* (2, 23).

(3) Il paragrafo che segue pare in aperta contraddizione con quello riprodotto:

§ 6 - Sed et si miles rogaverit quem res Italicas restituere, vel res provinciales, dicendum est, suspectam dicentem cogi adire, et restituere; nam, ut eleganter Maetianus libro sexto fideicommissorum ait, qua ratione excepta re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones. Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transire actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait. Nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum Senatusconsultum. Mentre non è così; quelle parole, *et quamvis placeat*, indicano il valore assoluto e il principio innanzi esposto, in quanto che il giureconsulto afferma la sua dottrina col mettere anche la possibilità che qualcuno dicesse il contrario: *anche quando ad alcuno piacesse, anche se vi sia l'opinione, ecc.* Vedi Vangerow, II, § 558, 1. Heise, *De aliena hereditate restituenda;* Gött., 1816, § 37.

tallum damnatus, indulgentia Principis restitutus est; respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei.

L. 10, *de cap. min.* (4, 5) - Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercedit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat; videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit (1).

3° Se una terza persona e non l'erede è gravata di un legato di alimenti, p. e., un altro legatario o un fedecommissario, e questi soggiace alla sottrazione per legge Falcidia da parte dell'erede, egli non potrà sottrarre nulla dal legato di alimenti.

L. 14, § 1, *h. t.* (34, 1) - Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartumdecimum annum alantur; et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse, Imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definiatur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile.

L. 79, § 1, *de leg.* (31) - .... Si pars donationis fideicommisso contineatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur; si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra.

4° Se con una disposizione generale sono rivocati i legati, questa rivocazione così generalmente espressa non si rapporta al legato di alimenti.

L. 18, § 3, *h. t.* (34, 1) - Postumis heredibus institutis, et patre et matre, et substitutione facta, actores manumisit, et peculia iis legavit, et annua, et certis libertis suis legata, et aliis exteris plura; deinde post testamentum factum nata filia codicillis ita cavit: *si quid testamento, quod ante hoc tempus feci, legavi cui dari volui, peto ab his, uti tertiam partem Petinae, filiae meae, reddant*, secundis autem tabulis facta pupillari substitutione impuberibus libertis, quibus a parentibus libertates dedit, eo amplius alterum tantum, quantum in numerato, praeter cibaria et vestiaria, dari voluit; quaesitum est, quum supervixisset filia testamento aperto et codicillis, postea autem decesserit, et fideicommissum datum ei de restituenda parte tertia ad heredes suos transmisisset, an etiam cibariorum et vestiariorum tertiae partes ei per fideicommissum datae esse videantur. Respondit, non videri.

### § 118. — *Del legato de'* jura in re aliena.

#### Bibliografia.

T., D. *de usu et usufructu et reditu et abitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis* (33, 2). — D. *de servitute legata* (33, 3). — D. *de usufructu accrescendo* (7, 2). — D. *quando dies ususfructus legati cedit* (7, 3).

Francke, *Observ. de iure legatorum*, spec. I, c. II. — Schneider, *Das altcivile ond. Justiniam.* Anwachsungsrecht, *dei legaten*; Berlin, 1837. — Rosshirt, *Verm.*, II, pag. 616. — Vangerow, II, § 554. — *Vering.*, pag. 770. — Arndts *in Rechts lexicon*, VI, pag. 334. — Tewes, II, § 114.

437. In quanti modi si può legare un diritto in *re aliena*. — 438. Del legato di usufrutto in ispecie; specialità relativamente al diritto di accrescimento. — 439. Usufrutto legato con clausola finchè una persona raggiunga la maggiore età. — 440. Del legato di uso.

**437.** Anche diritti in *re aliena* possono essere oggetto di legato in vario modo (2). Si può legare un diritto sulla cosa altrui che già si godeva dal testatore. In questo caso il diritto può essere il diretto oggetto del legato come un'enfiteusi, una superficie, ovvero può, come diritto accessorio, seguire il legato dalla cosa principale, p. e., un diritto di servitù prediale fa necessariamente parte del legato del fondo dominante, e un dritto di pegno di ipoteca segue necessariamente il legato di un credito che garentisce. Il legato di un diritto sulla cosa altrui somiglia al *legatum speciei* e per conseguenza va regolato in generale secondo questo legato, e perciò si acquista immediatamente.

Può avvenire ancora che il testatore imponga l'obbligo all'erede di trasferire ad altri il *ius in re aliena*, ed allora si crea un diritto personale da farsi valere da parte del legatario con l'*actio ex testamento*.

2° Si può dal testatore rimettere un *ius in re aliena* ch'egli godeva sulla cosa del legatario. Questo è un vero *legatum liberationis;* perocchè dal *dies veniens* il diritto reale si estingue.

L. 74, § 5, *de leg.* (30) - Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus; et Julianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum (3).

3° Il testatore può per mezzo dei legati costituire un *ius in re*. Anche in questa forma questo legato va regolato come quello di specie propria del testatore, ammenocchè questi non abbia imposto all'erede di costituire un diritto reale. Vuol dire che questi due modi di costituire il *ius in re* per legato corrispondono in sostanza alle antiche forme per *vindicationem* e per *damnationem*.

L. 71, § 6, *de leg.* (30) - Sed et si non municipibus, sed alio fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius, quod in vectigalibus fundis habemus.

§ 4, *Inst.*, *de servitutibus* (2, 3) - .... Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiatur, eum tignum in parietem immittere, stillicidiumve adversus eum habere; vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere (3).

È inutile avvertire che per costituire un diritto di servitù prediale bisogna che il legatario abbia un fondo vicino.

Il testatore potrà imporre all'erede di costituire in favore del legatario un *ius in re* sulla cosa dell'erede medesimo o di un terzo. In questa forma nasce per il legatario un diritto personale rispetto all'erede di costituire il *ius in re* sul fondo di lui, ovvero sul fondo del terzo, e se ciò non è possibile, dargli l'equivalente.

Per i legati di *iure in re aliena* in generale, e per ciascuno di essi in ispecial modo, valgono le regole generali sui legati per quanto siano compatibili con la natura di ciascun diritto speciale.

**438.** Merita speciale menzione il legato di usufrutto, esso in qualunque parte si allontana dalle regole generali dei legati non per eccezioni, ma per natura speciale di questo diritto, e specialmente le particolarità riguardano il diritto di accrescimento tra i collegatarii.

1° In generale quanto al diritto di accrescimento valgono le medesime regole generali di questo diritto. Ed invero si può parlare di diritto di accrescimento solo quando si tratta di più collegatarii congiunti *re et verbis*, ovvero *re tantum*.

(1) L. 3 pr., § 1, *h. t.*; L. 17, *eod.* Savigny, *Syst.*, II, pag. 106.
(2) L. 86, § 4, *de leg.* (30).

(3) L. 26 pr., *de pig. act.* (13, 7); L. 3, *de usufruct.* (7, 1).

L. 1, pr., *de usufruct. accresc.* (7, 2) - Quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit ususfructus relictus, ceterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio ius accrescendi cessat (1).

Quindi segue:

1° Quando per ciascun legatario è gravato un determinato erede, non si può parlare del diritto di accrescimento.

L. 12, *de usufr. accresc.* (7, 2) - Quum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei ususfructus legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos ius adcrescendi non sit.

L. 13 *eod.* - Quum alius ab alio herede usumfructum vindicat.

2° Se il legato di usufrutto è ordinato in modo che il testatore ha legato la nuda proprietà, rimanendo l'usufrutto a più eredi, anche in questo caso non ha luogo il diritto di accrescimento, nel caso che uno degli eredi usufruttuari manca dopo l'acquisto dell'eredità. Invece quando uno di essi muore, la sua parte di usufrutto si consolida con la proprietà. La ragione è evidente: in tal caso il testatore non ha voluto legare tutto l'usufrutto a più eredi, ma esso per conseguenza del legato della nuda proprietà è rimasto diviso tra i coeredi in proporzione della loro quota ereditaria.

L. 2, § 1, *eod.* - Idem Julianus libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, si duobus heredibus institutis deducto usufructu proprietas legetur, ius adcrescendi heredes non habere; nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.

L. 3, *eod.* - Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium eundemque proprietarium redibit.

L. 5, pr., *eod.* - Idem Neratius putat, cessare ius accrescendi, libro primo Responsorum. Cui sententiae congruit ratio Celsi dicentis, toties ius accrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.

3° Se il legato di usufrutto è ordinato in modo che ad uno è legata la cosa senza la clausola del *deducto usufructu* ed all'altro è legato l'usufrutto sulla cosa medesima, entrambi valgono come *re conjuncti* rispetto all'usufrutto. Imperocchè nella proprietà è compreso anche l'usufrutto, nè sarebbe escluso se il testatore lo avesse dichiarato con la clausola *deducto usufructo*. Quindi se uno di essi manca, la parte dell'usufrutto si accresce all'altra.

L. 3, § 2, *eod.* - Non solum autem, si duobus ususfructus, alteri fundus legetur, est ius accrescendi verum et si alteri ususfructus alteri fundus legatus sit nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure accrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem. Nec novum, nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo; et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet. Et ita et Neratio et Aristoni videtur, et Pomponius probat (2).

**439.** Una vera particolarità di questo legato sta in ciò che il diritto di accrescimento ha luogo non solo quando il collegatario congiunto manca *ante diem cedentem*. Se un usufrutto è lasciato, con la clausola fino a che un terzo raggiunga una determinata età, e questi muore prima dell'età designata, nel dubbio l'usufrutto dura fino a che quella terza persona, se vivesse, raggiungerebbe l'età designata. Questa particolarità è maggiormente estesa da Giustiniano nel caso che se uno avesse rilasciato un legato fino a che un terzo fosse demente, tale legato continuerebbe anche quando il terzo fosse morto demente, e continuerebbe fino alla morte dell'usufruttuario (3).

I *dies cedens et veniens* in questo legato cadono nel medesimo momento.

**440.** Il legato di uso in generale non comporta in nessun modo il diritto di accrescimento, quando specialmente la cosa sia atta a soddisfare pienamente i bisogni di ciascun collegatario. In questo caso i vari collegatarii non si limitano a vicenda, poichè, anche senza questa concorrenza, ciascuno avrebbe ricevuto tanto appunto quanto ne ha con la stessa concorrenza, e quindi manca ogni ragione col diritto di accrescimento.

L. 63, § 1, *de usufr.* (7, 1) - Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit (4).

Ma se l'uso dell'obbietto non giunge a soddisfare pienamente il bisogno di collegatarii, di guisa che essi si limitano a vicenda, ricevendo ognuno meno di quel che dovrebbe a causa del concorso di altri, avrà luogo anche per il legato di uso il diritto di accrescimento secondo le regole stabilite per il legato di usufrutto (5).

## § 119. — *Dei legati dei diritti di obbligazione.*

BIBLIOGRAFIA.

T., D. *de liberatione legata* (34, 3). — Haubold, *De legato nominis*, Lipsiae 1793. — Arndts, *Ad leg. 25 de liber. legata*, Berol. 1825. — Wächter, *In der Tübing. krit. Zeitschrift*, II, § 186. — Westphal, *Von den Lehren der Vermächt Nissen*, § 275. — Pisapia, *Il legatum liberationis*, Napoli 1888. — Rosshirt, *Verm.*, II, pag. 220. — Vangerow, § 555.



**441.** Per mezzo di un legato il testatore potrà o trasmettere ad altri un dritto di obbligazione preesistente o liberare un debitore da una obbligazione a lui dovuta, ovvero procurare un vantaggio maggiore al suo creditore. Quindi il legato assume, secondo questi scopi, il nome di *legatum nominis*, di *legatum liberationis* e di *legatum debiti*.

**442.** I. Si ha il *legatum nominis*, quando il testatore lega ad un altro una obbligazione a lui dovuta, sia che il legato riguardi direttamente la obbligazione, sia che si leghi il chirografo che fa fede della sua esistenza.

L. 41, § 1, *de leg.* (30) - Idem Julianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, heredem cogendum

(1) L. 3, *eod. Fragm. Vat.*, § 77-79.
(2) L. 26, § 1, *de usu et usufructu* (33, 2); L. 19 (33, 1).
(3) L. 12, C. *de usufr. et habitat.* (3, 33).
(4) L. 3, *de alim. vel cib. leg.* (34, 1).
(5) Vangerow, § 554. Tewes, II, § 114, pag. 361.

**465.** Fino al tempo della restituzione, dovendo il fiduciario restituire la eredità, egli non può alienare le cose del fedecommesso eccetto ne' seguenti casi.

1° Quando il testatore stesso ne diè il permesso.

L. 72, § 3, *de leg.* (31) - Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat deminuisse, quae vendidit, non videtur.
L. 73, *eod.* - Sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restituetur.

2° Quando la vendita è stata fatta col consenso del fedecommissario.

L. 11, C. (6, 42) - Quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur aut quibusdam vendentibus alii consenserint, contractus auctoritas convelli nequaquam potest.

3° Quando l'alienazione è stata fatta per necessità p. e. per pagare i debiti ereditari, i legati, ovvero come misura di conservazione; in quest'ultimo caso però il prezzo delle cose vendute entrano a far parte del fedecommesso, *pretium succedit in locum rei.*

L. 36, pr., *de leg.* (32) - .... Idem quaesiit, quum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolveret (1).

4° Quando è di necessità la istituzione d'una dote congrua ovvero una *donatio propter nuptias.*

L. 22, § 4, *h. t.* (36, 1) - Quum proponeretur quidam, filiam suam heredem instituisse, et rogasse eam, ut, si sine liberis decessisset, hereditatem Titio restitueret, eaque, dotem marito dedisse certae quantitatis, mox decedens sine liberis, heredem instituisse maritum suum, et quaereretur, an dos detrahi possit, dixi, non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod et mulieris pudicitiae, et patris voto congruebat; quare dicendum est, dotem decedere, ac si, quod superfuisset, rogata esset restituere. Quod si tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poterit doti satisfieri, dicendum est, potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso.

**466.** La responsabilità dell'erede relativamente alle cose conservate per la restituzione è stabilita secondo i casi. In generale egli risponde di dolo e di *culpa lata.* Se poi egli deve restituire una parte dell'eredità, risponde di *diligentia quam suis rebus.* Dopo la mora risponde di tutti i danni anche fortuiti con la restituzione di tutti i frutti.

L. 22, § 3, *h. t.* (36, 1) - Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet, non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed eius, quae dolo proxima est; et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, quum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi, et rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem; praeterea si qui partus extant, et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. Sed et ipse, si quem sumptum fecit in res hereditarias detrahet. Quodsi sine facto eius, prolixitate autem temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum praestare, quum culpa careat.

Dall'altra parte egli può domandare indennizzo delle spese fatte per la conservazione delle cose.

L. 19, § 2, *eod.* - Qui in distrahendis conservandisve rebus hereditariis sumptus factus est, imputari heredi debet (2).

(1) L. 114, § 14, *de legat.* (30); L. 22, § 3, *h. t.* (36, 1), confr.; L. 7, *de legat.* (31).

**467.** Avvenuta la istituzione il fedecommissario ha l'obbligo di pagare tutti i pesi inerenti all'eredità come qualunque altro erede, così i debiti, legati, ecc. Di guisa che se il fedecommesso consiste in una parte della eredità, al fedecommissario spetta l'obbligo degli *onera hereditatis* in proporzione della sua quota ereditaria.

L. 2, C., *h. t.* (6, 48) - Ad eum, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est.

Questo principio generale offre delle difficoltà non ancora completamente risolute dalla scuola. E di vero, se il testatore ha imposto di restituire tutta la eredità e nel medesimo tempo ha ordinato de' legati, bisogna distinguere se nell'ordinare tali legati il testatore abbia dichiarato chi dovesse sostenere il peso, se il fiduciario o il fedecommissario, ovvero manca quest'autorizzazione.

Se fu stabilito che l'erede dovrà pagare i legati, il testatore si può esprimere in doppia forma, cioè ch'egli debba restituire la eredità, *deductis legatis*, ovvero che l'onerato debba restituirla senza la clausola *deductis legatis.*

L. 3, pr., § 2, *h. t.* - Marcellus autem apud Julianum in hac specie ita scribit, si ad heredis onus esse testator legata dixerit, et heres sponte adiit hereditatem, ita debere computationem Falcidiae iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata, ut in septem partes trecenta dividantur, et ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius. Quodsi suspecta dicta sit hereditas, et non sponte heres adiit et restituit, centum quidem de quadrigentis, quae habiturus esset heres, resident apud fideicommissarium; in reliquis autem trecentis eadem distributio fiet, ut ex hic quatuor partes habeat fideicommissarius, reliquas tres legatarius; nam iniquissimum est, plus ferre legatarium ideo, quia suspecta dicta est hereditas, quam laturus esset, si sponte adita fuisset.
§ 2. Item Pomponius scribit: si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, quaesitum est, utrum solida legata praestanda sint, et quartam ex solo fideicommisso detrahere possit, an vero et ex legatis, et ex fideicommisso quartam detrahere possit. Et refert, Aristonem respondisse, ex omnibus detrahendam, hoc est ex legatis et ex fideicommisso.

Se il testatore presceglie questa espressione, cioè *deductis legatis*, ciò vuol intendere che il fedecommesso universale sia ridotto di tanto per quanto importano i legati. Preso il caso del testo citato, cioè che il testatore abbia istituito un erede su tutta l'eredità del valore di 400, poi istituito un legato di 300 ad un altro, quindi imposto all'erede di restituire tutta la eredità *deductis legatis*, è evidente che la restituzione del fedecommesso importi in questo caso solo 100. In questo caso la quarta Falcidia riserbata al fiduciario che importa 100 fa sì che la somma che rimane tanto per il fedecommissario quanto per il legatario è di 300, e quindi tanto il fedecommesso quanto il legato si riducono in proporzione, di guisa che il legatario ha tre quarti del legato eguali a 225, e il fedecommessario universale ne riceve un quarto, ossia 75. Sicchè 75 sottratto al legato di 300 e 25 sottratto al fedecommesso di 100, formano la quarta Trebelliana o Falcidia spettante al fiduciario.

Se poi il testatore coll'ordinare il fedecommesso di tutta l'eredità e coll'istituire anche un legato, non si fosse espresso colla formola *deductis legatis*, ma designando l'erede come obbligato del fedecommesso, si

(2) L. 22, § 3, *h. t.*, cit.

avrebbe quest'effetto che l'erede sarebbe gravato doppiamente, cioè in primo luogo deve restituire tutta la eredità, e quindi nel caso su esposto tutto l'importo di 400; in secondo luogo deve pagare i 300 di legato messo ad esclusivo suo carico. Per regola generale in qualunque modo a lui sui 400 dell'eredità spetta la quarta Trebellianica, ossia 100. Quindi egli in proporzione di 300 deve dividerlo tra il fedecommissario e il legatario. In questo caso tenuto conto del doppio obbligo la proporzione tra il fedecommissario e il legatario è diversa che nel caso antecedente, perocchè del fedecommissario deve tenersi conto di 400 e del legatario di 300. Quindi riesce maggiore la quota spettante al fedecommissario; così il fedecommissario de' 300 ne riceve quattro settimi ossia 171 e 3|7, mentre il legatario ne riceve 3|7, ossia la somma di 128 e 4|7.

Quando poi il testatore non ha presa alcuna disposizione intorno a chi dovesse sopportare l'onere de' legati, si ritiene come pensiero del testatore che il fedecommessario sia gravato de' legati.

L. 2, *h. t.* - Qui quadraginta reliquit, Titio trecenta legavit, heredis fideicommisit, ut tibi hereditatem restitueret; isque suspectam iussu Praetoris adiit et restituit; quaerebatur, quid legatario dare deberes. Dicendum est, qui praesumptum est, voluisse testatorem, cum onere legatorum fideicommissum restitui, tota trecenta te dare Titio debere. Nam heres hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat, et quod heres perfunctus omnibus hereditariis muneribus, id est post legatorum dationem; reliquum habiturus foret, si non esset rogatus, ut tibi restitueret hereditatem, id tibi restituat. Quantum ergo deberet? Nempe centum; haec ut tibi daret rogatus est. Itaque sic ineunda est legis Falcidiae ratio, quasi heres trecenta Titio dare damnatus tibi centum dare damnatus sit; quo evenit, ut, si hereditatem sua sponte adiisset, daret Titio ducenta vigintiquinque, tibi septuagintaquinque. Non ergo plus Titio debetur, quam si iniussu Praetoris adita hereditas foret.

Secondo il Senatoconsulto Trebelliano generalizzato dallo spirito del dritto giustinianeo bisogna ritenere questo, cioè che l'erede cui è stato imposto di restituire tutta intera la eredità, riceve un quarto per la sua quarta Trebelliana e quindi nel caso su esposto 100. Egli è considerato come erede per un quarto, mentre il fedecommissario è ritenuto come coerede per 3|4; il legatario ha diritto di avere il suo legato di 300 sui tre quarti spettanti al fedecommissario e sopra un quarto spettante all'erede. Il quarto che il legatario dovrebbe avere sulla porzione del fiduciario va per lui perduto perchè altrimenti verrebbe a ledere la quarta di lui; perciò di queste tre persone l'erede fiduciario riceve i suoi conti dalla quarta, il fedecommissario dovendo pagare il legato di 300 e avere per lui la quarta, ne riceve 75, al legatario quindi non resta che la somma di 225.

Si è creduto che la L. 2 citata di Celso debba esser rettificata nel senso di Giustiniano, per la computazione svolta nella legge di Marcello (L. 3 pr., innanzi riprodotta) e che la prima non abbia che solo un valore letterario. Ciò che non è d'ammettere (1).

**468.** In qualunque modo il fedecommissario diventi erede in tutto o in parte, subentra in tutti i dritti e obblighi della successione; onde a lui spettano tutti i diritti o obblighi della successione; quindi spettano a lui tutte le azioni ereditarie, che le potrà dirigere anche contro lo stesso fiduciario qualora questi fosse debitore del defunto. In generale per tutta l'eredità o porzione ereditaria il fedecommissario potrà esercitare la *fideicommissaria hereditatis petitio.*

L. 27, § 11, *h. t.* - Si ex Trebelliano hereditatem restituit heres, et fructus cum praedio retinet, vel ipsa praedia, sive etiam debitor eius, qui testamentum fecit, fuerit, necessarium est, actionem adversus eum fideicommissario dari. Marcellus: hoc idem necessario faciendum est, quum parte hereditatis restituta familiae erciscundae iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, et qui receperit, accipietur.

Se il fiduciario è creditore o debitore della eredità, coll'accettazione di questa si sono estinte le sue azioni, quando poi egli restituisce la eredità le azioni estinte propriamente non rinascano novellamente; ma le obbligazioni attive appartenenti anche alla eredità bisogna computarle nella restituzione. Se l'erede era creditore della eredità, il fedecommesso universale deve accollarsi una parte del debito, e l'erede può avere, per far valere questo suo dritto o un dritto, di retenzione o una compensazione, o, se ha restituito tutto senza alcuna riserva, può esercitare la *conditio indebiti.*

L. 44, pr., *h. t.* - ... Potest tamen evenire, ut restitutionem distulerit heres, veluti si pecuniam ei debuerit defunctus, quam retinere maluit, quam petere. Ceterum existimo, idem in herede eius constituendum, quod in illo constitutum est; cur enim recusaret, quam recusare non potuit is, cuius hereditatem suscepit? Quodsi forte ante hereditatis restitutionem sive herede decesserit libertus, perinde bona eius creditoribus hereditariis vendere permittendum est, ac si restituta hereditate decesserit.

Se il fiduciario ha restituito più di quello che il testatore ha ordinato, quel dippiù si avrà come una parte di eredità alienata, quando non costituisce un indebito.

L. 63, § 3, *h. t.* (36, 1) - Si quis maiorem partem restituerit, quam rogatus est, in eam partem, quae excedit, non transferuntur actiones; sed quum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere, et omissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur, transferri actiones.

Se restituisce la eredità prima del tempo, la restituzione non è efficace; però passato il tempo acquista la efficacia retroattivamente.

L. 10, *h. t.* (36, 1) - Sed etsi ante diem vel ante conditionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Plane posteaquam extiterit conditio, vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est intelligi, tunc translatas videri actiones.

Quando all'erede sia ingiunto di restituire tutta la eredità, eccetto qualche cosa speciale, per queste cose eccettuate, non avendo il carattere di quota ereditaria, l'erede non può essere molestato da' creditori.

L. 30, § 3, *h. t.* (36, 1) - Multum interest, utrum quarta pars iure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia; nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium, posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.

In generale, fino al tempo della restituzione, l'erede fiduciario è l'unico rappresentante della eredità, dalla restituzione in poi la rappresentanza spetta generalmente al fedecommessario o ad entrambi, quando all'erede rimane una quota *iure hereditario.*

### § 126. — *Della quarta Trebellianica.*

Bibliografia.

Lindelof, *Interpret. der.*, n. 86, D. (35, 2). — Const. 24, C. (3, 36), n. 91, D. (35, 2). — *Archiv. f. Civil. Praxis*, iv, n. 30. — Neuner, *Institutio ex re certa.* — Schlagintweit, *Dogm. Iahrbücher*, vi, 352. — Vangerow, ii, pag. 536, not. 2, 7. —

(1) Vedi Vangerow.

Windscheid, III, § 652, not. 17 e § 666, not. 7. — Mandry, *Archiv. f. Civil. Praxis*, LI, 96. — Arndts *in Gluck*, XLVII,

469. Introduzione della quarta Trebellianica. — 470. Se le regole stabilite per la quarta Falcidia valgano anche per la Trebellianica; controversia. — 471. Interpretazione delle L. 91 *ad L. Falcidiam;* opinioni diverse. — 472. *Quid* se i frutti devono essere imputati nella quarta controversia.

**469.** A somiglianza dei legati, come si disse, fu dato il potere al fiduciario, come a qualunque erede, di sottrarre dal fedecommesso tanto per quanto gli resti libera la quarta parte dell'eredità.

§ 5, *Inst., de fideicomm.* (2, 23) - Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est eius legatarii, cui pars bonorum legabatur; quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset (1).

Sebbene fosse questo dritto introdotto dal Senatoconsulto Pegasiano, pure Giustiniano lo confermò nel Trebelliano e quindi fu detta quarta Trebellianica. In fondo non è che la quarta Falcidia applicata al fedecommesso universale.

Per la qual cosa le regole stabilite per la quarta Falcidia valgono anche per la Trebellianica.

**470.** Questo punto però è controverso, perocchè molti credono di trovare una notevole differenza tra le due quarte. Ma questi non sono poi di accordo nel riconoscere i punti differenziali; secondo alcuni mentre nella quarta Falcidia deve imputarsi tutto ciò che l'erede acquista a titolo ereditario, nella quarta Trebellianica invece deve essere imputato tutto ciò che si acquista anche a titolo universale *ex iudicio defuncti* (2). Altri invece sostengono che da tale imputazione dovrebbe essere eccettuato quello che l'erede riceve *conditionis implendae causa* (3). Altri ancora credono che tutto ciò che sia dato all'erede *conditionis implendae causa*, prestato a lui anche da un coerede ovvero dallo stesso fedecommessario, non dev'essere imputato nella quarta (4).

Similmente relativamente al prelegato si discute e si crede che tutto il prelegato, anche le parti che gravano la porzione degli altri coeredi, dev'essere imputato nella quarta, mentre altri su questo punto credono che non ci sia alcuna distinzione tra la quarta Falcidia e la Trebellianica. E non finiscono qui le oscillazioni delle dottrine su questo punto.

Oggi generalmente è seguita la opinione di Cuiacio che tra le due quarte, quanto alla imputazione, non ci sia alcuna differenza, cioè che in entrambe viene imputato nella quarta tutto ciò ch'è acquistato dall'erede *iure universali*, ed è escluso quello che si acquista *iure singulari*. E di vero lo stesso bisogno per cui fu introdotta la legge Falcidia fu sentito nel fedecommesso universale, e quindi fu provveduto dal Senatoconsulto Pegasiano. Secondo questo provvedimento legislativo si stabilì che quando il fedecommesso sorpassasse le tre quarte parti della eredità, il fedecommissario era considerato *legatario loco*, e di conseguenza fu applicata la legge Falcidia. Così si esprime Gaio nel paragrafo innanzi citato.

Sed, quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur adire hereditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id estinguebantur fideicommissa, postea Vespasiano Augusti temporibus Pegaso et Pusione consulibus Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque et lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.

In questo testo non si poteva esprimere più chiaramente l'applicazione pura e semplice della legge Falcidia. Così ancora in molti testi delle Pandette si nota l'applicazione pura e semplice della Falcidia e la Trebellianica al fedecommesso universale.

L. 27, § 10, *h. t.* (36, 1) - Quodsi Maevius te rogaverit, et suam hereditatem, et Titianam restituere, tuque sponte adieris hereditatem, uteris legis Falcidiae commodo, et partem quartam Maevianae hereditatis retinebis et dimidiam et quartam ex fideicommisso restitues, nec intererit, eidem utramque hereditatem, an alii Maevianam, alii Titianam rogatus fueris restituere. Sed si suspectam Maevianam hereditatem dixeris, cogeris eam adire, et restituere ei, cui rogatus fueris, is autem, cui Titianam hereditatem restituere rogatus fueris, non poterit te compellere ad adeundum.

L. 64, § 3, *eod.* - Si patronus ex parte debita heres institutus rogatus fuerit, eam liberis exheredatis defuncti liberti restituere, si sua sponte adierit, erit Falcidiae locus, si coactus, in solidum transibunt in eos actiones ex hoc Senatusconsulto (5).

Molti testi confermano la opinione che si sostiene, e la L. 85 *ad. leg. Falc.* (35. 2) ne è una prova. Questa legge comunque interpretata stabilisce sempre che è imputata nella quarta solo quella parte che il fiduciario dovrebbe a sè medesimo come erede; quindi le altre parti del prelegato che pure sono da lui acquistate *ex iudicio defuncti* le ha completamente libere oltre la quarta; mentre a giudizio dell'opinione avversa dovrebbe essere imputata anche nella quarta Trebellianica. La legge citata si esprime in questo modo:

Titia testamento suo Titium fratrem suum, ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegavit; quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat. Respondit, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur (6).

(1) Gai, *Inst.*, II, § 254; § 6, *Inst.*, *eod.*

(2) Vedi tra gli altri Faber, *Coniectur.*, VI, 3, ss. Bertram, *De reb. singulari tit. relictis in quarta Falcidia imputandis*, Heidelbergae 1834.

(3) Ved. *Voet. ad Pand.*, XXXVI, tit. I, § 48. Hofacker, *Princ. iur. civ.*, § 1538.

(4) Thibaut, *In Braun's Erört.*, pag. 708.

(5) Ved. Cuiac., *Observ.* VIII, 4, opp. omn., IV, pag. 209, 1046 1232. Bach, *De his quae imputantur in quarta fideicommissariam*, § 4. Moeller, *De quarta Trebellianica quam vocant*, Heidelberg 1816. Lindolof, l. c. Rosshirt, cit. Vangerow, II, § 536.

(6) Ved. *Cuiac. in libr.* XL, Dig. ad l. 86, cit. opp. omn., VI, pag. 278. *In Cod. libr.*, VI, tit. 42, opp. omn., IX, pag. 841. Vangerow, II, § 523 e 536.

Quanto poi alla interpretazione di questa legge è da rammentare che prima della legislazione giustinianea si poteva restituire o secondo il Senatoconsulto Pegasiano o secondo il Senatoconsulto Trebelliano. Si avea il primo caso quando il fedecommesso ledeva la quarta dell'erede, egli era considerato come il vero erede e il fedecommessario assumeva il carattere di legatario. Era questo il caso quando all'erede si era ingiunto di restituire tutta intera la sua eredità. Secondo il Senatoconsulto Trebelliano, quando era libera la quarta, il fedecommessario valeva come erede universale (*heredis loco*). Nella legge riportata si stabilisce questo caso: un testatore aveva istituito erede uno per la terza parte del suo asse ereditario, allo stesso avea prelegato alcuni fondi e aveva ingiunto di restituire la sua quota ereditaria a due persone a Seio e a Procolo. Che cosa debba imputare nella sua quarta l'erede fiduciario è il quesito di questo testo. Il testatore può essersi espresso che debba restituire tutta la sua quota ed allora la restituzione avviene secondo il Senatoconsulto Pegasiano, per cui il fiduciario resta erede per la terza parte, giacchè il fedecommessario è *legatario loco;* quindi deve imputare nella sua quarta la terza parte del prelegato (*sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere*). Se poi il testatore ha detto, ritenuta la quarta parte, l'erede restituisca il resto alle due fedecommissarie, allora la restituzione avveniva per il Senatoconsulto Trebelliano, secondo cui il fedecommissario era considerato in tal caso come coerede del fiduciario. Per la quale cosa istituito il fedecommesso nella forma suindicata, la porzione ereditaria del fiduciario si diminuiva di tanto per quanto importava il fedecommesso. Quindi supposto che l'eredità fosse stata eguale a 12, nella forma suindicata dovendo ritenere la sua quarta e restituire il resto, egli rimane erede solo per un dodicesimo; quindi, deve imputare la dodicesima parte del prelegato (*sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum*). Naturalmente dopo Giustiniano si restituisce sempre secondo il Senatoconsulto Trebelliano.

Un'altra legge da cui si rileva lo stesso è il rescritto di Diocleziano e Massimiano.

L. 24, C. *fam. ercisc.* (3, 36) - Filium quem, habentem fundum, portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testatur, post ei conditioni eventum, hereditaria parte praedii in quarta ratione retenta, compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest, in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens reddere compellitur.

Questa legge che Cuiacio stesso afferma *longe difficillima* in Codice, in complesso e a prima vista dichiara che del prelegato dato al fiduciario una parte s'imputa nella quarta Trebellianica, un'altra parte si acquista oltre la quarta; è di difficile interpretazione solo l'applicazione del principio. La interpretazione di Cuiacio, che egli confessa di aver appreso dal suo professore: *mea accipisse prima aetate a primo iureconsulto, cuius vita omni laude confecta*, tenta a spiegare le parole e gli accenni ad altri rapporti, supponendo la seguente specie, che riproduciamo con le stesse parole: « pater, qui habebat septingenta in bonis, filios « suos tres, numero primum, secundum, tertium, et « extraneus quatuor, quartum, quintum, sextum, sep- « timum, haeredes scripsit ex aequis partibus: et prius « cui forte eum princeps patris nomine donaverat, et « ab omnibus haeredibus fundum praelegavit dignem 28. « Deinde eundem primum filium suam rogavit sub con- « ditione; si vadis ex Asia veniret portionem suam « haereditatis restituere fratribus, secundo et tertio, et « extraneis cohaeredibus quarto et quinto tantum, non « etiam sexto et septimo. Portio cuiusque facit centum « quoniam sunt septingenta in bonis, et omnes septem « ex aequo scripti ac haeredes sunt: Portio, inquam, « cuiusque facit centum, cuiusque Falcidia est 25. Fun- « dum autem primus capit partim iure haereditario a « semetipso pro parte septima, partim iure legati a « cohaeredibus omnibus pro reliquis partibus: existente « conditione fideicommissi, primus a quo duos fratres, « secundus et tertius, et duo extranei cohaeredes, quartus « et quintus, quod eis relictum est fideicommissum por- « tionis primi petunt; is primus scilicet Falcidiam ex « fideicommisso deducere desiderat, iuxta Senatuscon- « sultum Pegasiano, vel hodie Trebellianum, ut dodran- « tem tantum suae portionis restituat fideicommissariis, « id est, secundo, tertio, quarto et quinto. Quaeritur, « quid in eam Falcidiam imputare debeat? Et certum « est, iure eum in Falcidiam imputare partem tantum « septimam fundi, quam a semetipso iure haereditario « percepit. Et hoc est quod ait I. eum haereditariam « partem fundi in quartae ratione retinere, id est, im- « putare in Falcidiam. Denique cum fundus ut posci, « dignus sit 28. in Falcidiam imputat 4. haec est sep- « tima pars fundi, quam a seipso capit iure haeredi- « tario. An vero etiam imputat in Falcidiam partes « fundi quas a cohaeredibus secundo, tertio, quarto, « quinto, vice mutua percepit iure legati? Percepit « autem a singulis quatuor ab omnibus, in summa « sexdecim, et non imputat proprie a sexdecim in Fal- « cidiam, sed compensat Falcidiae retinendae ex por- « tione sua, quam etiam retinere desiderat et deducere « in restituenda ea portione. Junge nunc illa sexdecim « quae a cohaeredibus, quibus rogatus est restituere « portionem haereditatis, vice mutua percipit, et Fal- « cidiae compensat pro modo concurrentis quantitatis: « iunge, inquam, ea sexdecim cum illis quatuor, quae « jure haereditario a semetipso capit, et Falcidiae im- « putat, fiunt 20. et desunt adhuc Falcidiae quinque « quae deducet ex portione haereditatis quam ex fidei- « commisso tenetur restituere cohaeredibus duobus fra- « tribus suis, et duobus extraneis, residuum eis resti- « tuere compelletur, id est, nonagintaquinque. At quid « fiet reliqua parte fundi praelegati, quam capit a cohe- « redibus sexta et septimo, quibus vicissim non est « rogatus restituere portionem haereditatis: nam fun- « dum praelegatum fuisse primo ab omnibus cohere- « dibus initio recto proposui. Quid igitur fiet octo, quae « sunt residua in fundo, quaeque a sexto et septimo? « Et sane, ut ea lex ostendit, ea octo, neque imputat « Falcidiae sive quartae, neque compensat, sed ea habet « supra quartam portionis suae, sive supra Falcidiae, « ut *in L. 15. § pen. inf. ad Leg. Falc.* dicitur, ma- « trem haeredem institutam ex parte fideicommissum « sibi relictum percipere supra quartam portionis suae, « et *L. 91, Cod. tit.* in fideicommissaria haereditate re- « stituenda; extra quartam id esse, quod haeres one- « ratus fideicommisso a cohaerede accipit, iure legati « videlicet, si non ei rogatus est haereditatem, sive « portionem haereditatis restituere, sed extraneo. Ea « igitor octo in specie proposita filius lucrifacit, et habet « ultra Falcidiam, quia fideicommisso non continetur « praelegatum, quem haeres ex parte rogatur restituere

« partem sive portionem haereditatis, ut proponit de « industria, *d. l. filium quem* » (1).

Finalmente un terzo testo stabilisce che ciò che si concede *conditionis implendae causa* non dev'essere imputato nella quarta Trebelliana, mentre secondo l'avversa opinione dovrebbe imputarsi, essendo una di quelle cose che il fiduciario acquista *titulo singulari ex indicio defuncti*.

L. 30, § 7, *ad leg. Falc.* (35, 2) - Tametsi autem legis Falcidiae rationem quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non figura conditionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Iuliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non conditionis implendae causa, sed quodammodo pretio inferre sunt iussi. Quo loco amplius quaesitum est, an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam, et recipere hereditatem, quasi et ipsius fideicommissum esset. Sed id verisimile non est, quum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur.

Senza attendere al tentativo di correzione fatta a questo testo da qualcuno (2), non è dubbio che in esso Meciano vuol parlare di un fedecommesso universale, e che tutto ciò che dal fedecommessario si dà al fiduciario *conditionis implendae causa* non debba essere imputato nella quarta Trebellianica mentre quello che si concede a titolo di prezzo vi dev'essere imputato.

In conclusione possiamo affermare che nella quarta Trebellianica, come nella quarta Falcidia deve essere imputato solo quello che si acquista *iure universali*, e non quello che si riceve *iure singulari*.

**471.** Però una vera difficoltà ci viene da una legge di Marciano, nella quale si dice che viene imputato nella quarta Trebellianica, in controsenso di quello detto poco anzi, tutto quello che si dà *conditionis implendae causa*.

L. 90, *ad. leg. Falc.* (35, 2) - In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam hae in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel deducere, vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut Divus Pius constituit. *Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est*; si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse; et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.

Questo testo chiarissimamente contraddice a quello innanzi citato e al principio generale che abbiamo sostenuto, perchè relativamente a tutto ciò che si dà *conditionis implendae causa* non viene imputato nella quarta se si tratta della Falcidia, è imputato se invece si tratta della Trebellianica. Quindi se non è il prelegato in questo punto ci sarebbe certo, secondo gli avversari, una notevole differenza tra la quarta Falcidia e la Trebellianica.

Gli sforzi degl'interpreti per togliere l'antinomia di questo testo con la legge di Meciano innanzi riprodotta, ed in generale col principio generale innanzi esposto, sono riusciti vani, ond'è che molti han creduto che il testo fosse in questa parte interpolato, o che per lo meno ci fosse in questo punto una diversità tra i giureconsulti romani. È da notare veramente che non in tutti gli antichi manoscritti si trova il punto controverso: *sed et quod implendae conditionis causa etc.* In effetto manca nel manoscritto fiorentino; manca ne' Basilici (XLI, l. 91, Tom. V). Quindi non è improbabile che questo periodo sia una glossa interpolata nel testo (3).

Una certa differenza appare in un sol punto, cioè quando il testatore ha ordinato un fedecommesso e quindi è imposta la restituzione *retenta vel praecepta certa re*. Perocchè la *res singula* o *le res singulae retentae*, sono imputabili nella quarta Trebellianica (4).

Ora la cosa speciale ritenuta non si può dire che sia acquistata dall'erede a titolo universale, ma è certamente acquistata a titolo particolare, e quindi quella disposizione è in controsenso del principio generale riconosciuto, cioè che sia imputabile nella quarta solo quello che viene acquistato a titolo ereditario. In fondo è d'ammettere che il testatore può imporre che l'erede invece della quarta ritenga una determinata cosa, una determinata somma, una donazione a causa di morte, ovvero anche un legato. In tali casi l'erede, se volesse ricorrere alla quarta Falcidia perde l'emolumento. Così può avvenire che per volontà del testatore lo stesso legato sia imputabile nella quarta Falcidia o Trebellianica. Tale volontà si presume tutte le volte che c'è un fedecommesso ordinato nella forma *accepta o retenta certa re o certa pecunia*.

L. 89, *ad leg. Falc.* (35, 1) - Si heres cuius fideicommissum est, ut accepta certa pecunia hereditatem restituat, a voluntate eius, qui testamentum fecit, discedat, et postea legis Falcidiae beneficio uti volet, etsi non detur ei, quo accepto hereditatem restituere rogatus est, tamen fideicommissum restituere cogi debet, quoniam quod ei pater familiae dari voluit, legis Falcidiae commodum praestat (5).

Sicchè in fondo questa specialità è più apparente che reale, perocchè quella cosa o pecunia intanto è imputata nella quarta Trebellianica in quanto c'è la espressa dichiarazione del testatore (6).

**472.** Si è voluta vedere un'altra differenza tra la quarta Falcidia e la Trebellianica nella quistione, se i frutti sono imputabili ad entrambe le parti. Si è sostenuto che tali frutti non siano imputabili nella quarta Falcidia.

L. 30, pr., *ad leg. Falc.* (35, 2) - In ratione legis Falcidiae mortes servorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium, praedonum, latronum, debitorum facta peiora nomina in summa quodcumque damnum, si modo culpa legatarii careant, heredi pereunt, *quemadmodum ad heredis lucrum pertinent fructus, partus ancillarum*, et quae per servos acquisita sunt, ut stipulationes, rerum traditiones, legata, hereditatesve his datae, ceterae donationes, item servitutes, quibus liberata praedia pretiosiora fierent, actionesque acquisitae, ut furti, damni iniuriae, similesque, quorum nihil in rationem legis Falcidiae cadit.

Mentre i frutti medesimi debbono essere imputati nella quarta Trebellianica.

L. 18, § 1, *ad S. C. Trebell.* (36, 1) - Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum.

(1) Cuiac., *Respons. papin. ad l.* 78, *de hered. instit.*, lib. VI, confr. lib. II, *ad l.* 41, *de mort. et donat. Obs.*, lib. VIII, cap. 3.
(2) Faber, *Coniect.*, VI, 3.
(3) Vangerow, II, § 536, not. I, 3.

(4) § 9, *Inst.*, *de fideic. hered.* (2, 23); L. 91, 93, *ad leg. Falc.* (35, 2); L. 58, § 3, *ad S. C. Trebell.* (36, 1).
(5) L. 56, § 5; L. 75, *eod.*
(6) Vangerow, l. c.

L. 8, § 11, *de inof. test.* (5, 2) - Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, quum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est, nullum iudicium movere, quum debitam portionem et eius fructus habere possit; fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. Ergo et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur post decennium restituere hereditatem, nihil habet, quod quaeratur; quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere.

Certo una certa differenza c'è, ma ciò dipende non da un principio diverso che s'applica all'una o all'altra quarta, ma dalla natura diversa de'due istituti, mentre relativamente all'imputazione e la regola per entrambi è comune.

E di vero, relativamente al legato si ha che i frutti raccolti durante la eredità giacente cadono nel lucro dell'erede, nè sono computati nella quarta Faldidia perchè la quistione della sottrazione della quarta Falcidia si ha solo dopo la morte del testatore, e come ogni aumento di eredità, così i frutti nè aumentano nè diminuiscono la ragione della quarta.

L. 73, pr., *ad leg. Falc.* (35, 2) - In quantitate patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectari. Qua de causa si quis centum in bonis habuerit, tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem; sed necesse est, ut nihilo minus quarta pars legatis detrahatur. Et ex diverso, si ex centum septuagintaquinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non plus quam septuagintaquinque, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur; nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem; quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci.

Dall'altra parte se si tratta di fedecommesso universale i frutti, che sono stati raccolti prima dell'accettazione dell'eredità, aumentano la eredità; e come il fiduciario deve restituire la eredità intera, deve restituire anche i frutti raccolti. Che questi siano compresi nella quarta Trebellianica non si può dire come non lo si può affermare di ogni altra cosa che compone la eredità. Quindi il lucro che si nota nel fedecommesso singolare e quello che manca del fedecommesso universale, non riguarda la imputazione della quarta, sibbene la circostanza estrinseca che in questo si deve restituire tutta la eredità (1).

Non è imputabile nella quarta Trebellianica, oltre a quello che si è detto innanzi, la porzione legittima dell'erede fiduciario.

## Capitolo VIII. — Della donazione a causa di morte.

### § 127.

Bibliografia.

T., D. *De mortis causa donationibus et capionibus* (39, 6). — T., C. *De donationibus mortis causa* (8, 57). Nov. 87. — Dreves, *De acceptationis necessitate in donationibus mortis causa*, Goett. 1797. — Fester, *De mortis causa donatione*, Heidelberg 1841. — Müller, *Natur der Schenkung auf den Todesfall*, Giessen 1827. — Schirach, *Ueber die Schenkung auf den Todesfall. Archiv. f. civil. Praxis*, II, n. 31. — Schröter, *Zeitschrift f. civilr. u. Process.*, XV, n. 4. — Savigny, *Syst.*, IV, § 170, ss. — Rosshirt, *Verm.*, I, pag. 80. — Vangerow, II, § 561, ss. — Glück, VII, pag. 181. — Windscheid, § 675. 676. — Unger, § 77. — Tewes, II, § 124.

473. Nozione della donazione per causa di morte. — 474. Scopo della donazione. — 475. La donazione non è un peso ereditario; conseguenze di questo principio. — 476. Oggetto della donazione. — 477. Forma della donazione a causa di morte.

**473.** La donazione per causa di morte è quell'atto di liberalità per mezzo del quale si trasmette qualche cosa del proprio patrimonio per il caso di morte, se il donatario sopravvive al donante.

L. 1, pr., *h. t.* (39, 6) - Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.

La donazione per causa di morte non differisce gran fatto dalla donazione tra vivi, e ne ha tutti i caratteri; quindi opera un arricchimento da parte del donatario, ed è vietata tra coniugi. Solo diventa efficace dopo la morte del donante, per la qual cosa può essere considerata come una *donatio sub conditione*.

L. 27, *eod.* - Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio; et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio; ideoque inter viros et uxores non valet; et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione.

Dall'altra parte la donazione per causa di morte ha una certa somiglianza col legato non solo per essere una *causa mortis capio*, ma anche perchè, come vedremo, molte regole de' legati vengono applicate alla donazione.

§ 1, *Inst.*, *de donat.* (2, 7) - ... Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra eam formavit constitutio. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

**474.** La donazione per causa di morte può farsi per il caso della morte in generale, ed allora la donazione è nulla quando il donatario non sopravviva al testatore.

Paul., *Recept. sent.*, III, 7, § 2 - Donatio mortis causa cessante valetudine et secuta sanitate... revocatur; mortis enim tantummodo convalescit.

Si può fare una donazione per causa di morte per un pericolo imminente, e che l'oggetto della donazione passi immediatamente al donatario, e però cessato il pericolo la donazione è *ipso iure* rivocata; questo avviene quando si fa una donazione per il caso che si muore in battaglia.

L. 2, *h. t.* (39, 6) - Iulianus libro septimodecimo Digestorum tres esse species mortis causa donationum, ait; unam, quum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat; aliam esse speciem mortis causa donationum ait, quum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis, sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta.

(1) Per la maggior applicazione, vedi Vangerow, op. cit.

Può finalmente la donazione esser fatta per un pericolo futuro, in tal caso la donazione non si effettua immediatamente, ma solo quando segue il pericolo.

L. 3, *eod.* - Mortis causa donare licet, non tantum infirmae valetudinis causa, sed periculi etiam propinquae mortis, vel ab hoste, vel a praedonibus, vel ab hominis potentis crudelitate aut odio, aut navigationis ineundae.
Paul., *Recept. sent.*, III, 7, § 1 - Mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur, et qui navigat, ea scilicet conditione, ut, si reversus fecerit, sibi constituatur, si perierit, penes eum remaneat, cui donavit.

La ragione di questa varietà di casi di revocazione e di stabilità di donazione dipende dal principio fondamentale espresso nella L. 1ª innanzi citata, cioè che il donante in simile evenienza predilige il donatario al suo erede, e la sua vita più che il donatario stesso.

L. 35, § 2, *eod.* - Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione quae, ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur; et ibi, qui donat, illum potius, quam se habere mavult; at is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius, quam dedisse mavult. Et hoc est, quod vulgo dicitur; se potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.

**475.** La *donatio mortis causa* non è una modificazione della eredità nel senso ch'essa costituisca un peso come il legato e il fedecommesso, sibbene è uno istituto a sè e indipendente dalla successione e opera il passaggio immediato della proprietà o di qualunque altro dritto.

In effetto, quando si concreta, si presuppone già avvenuta la *traditio rei* ovvero, secondo il diritto antico, la *in iure cessio*. Che se la cosa viene trasferita condizionatamente, dovendo passare la proprietà al momento della morte del donante, certo la proprietà sarà trasmessa alla morte, ma il fondamento giuridico di esso trapasso resta sempre nella tradizione che si suppone avvenuta prima.

Se il contenuto invece sarà un diritto di obbligazione, essa obbligazione è costituita dalla promessa. È vero che la *exatio* non ha effetto se non dopo la morte del donatore, ma l'accrescimento del patrimonio avviene di subito perchè la essenza della convenzione non poggia e non ha origine dalla persona dell'erede, ma si rappresenta come qualunque debito ereditario.

L. 35, § 7, *h. t.* (39, 6) - Si quis mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est, nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est.

Da questa natura indipendente della *mortis causa donatio* nascono le seguenti conseguenze:

1° L'acquisto dell'eredità da parte dell'erede non ha alcuna influenza su questa donazione.

2° Similmente non hanno alcuna influenza i requisiti del diritto ereditario, ossia la *testamenti factio* attiva o passiva.

L. 25, § 1, *eod.* - Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest.

3° La donazione a causa di morte, sebbene sia una successione immediata, pure non fonda mai una successione universale (1).

(1) L. 2, *h. t.*, cit.

Con l'impugnare il testamento non s'impugnano nel medesimo tempo le donazioni per causa di morte.

L. 5, § 17, *de his quae ut indign.* (34, 9) - Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario.

Se la donazione è costituita sopra una rendita attuale, essa viene considerata come una donazione e non come un *legatum annuum*. Per la qual cosa, se si è costituito un legato di rendita di venti anni e il donatario muore dopo sei anni, egli trasmette per 14 anni la rendita annuale a' suoi eredi, ciò che non è possibile per l'annuo legato.

**476.** L'obbietto della donazione può essere ciò che può essere idoneo alla trasmissione del patrimonio.

1° Esso può consistere nel trapasso del dominio; ed allora si effettua, come si disse, per via di tradizione che si suppone già avvenuta. Alcuni hanno creduto che in virtù della donazione per causa di morte le cose donate passano dal donante al donatario senza tradizione. Ed invero vi è qualche testo che dà qualche apparenza di fondamento a questa opinione.

L. 1, § 2, *de pubbl. in rem act.* (6, 2) - Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum.
L. 2, *eod.* - Vel mortis causa donationes factae, nam amissa possessione competit Pubbliciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

Questi due testi fanno supporre che come nel legato così nella donazione la proprietà passa immediatamente senza bisogno della tradizione. Ciò risulterebbe non solo dallo spirito della legislazione Giustinianea, ma anche dalla testimonianza di molti testi. Nell'ultimo testo citato, Paolo ha dovuto pensare ad un caso in cui la donazione è stata compiuta con la mancipazione senza la tradizione, e che dopo la morte del testatore il donatario abbia unilateralmente preso possesso della cosa.

2° Può essere oggetto di legato anche un diritto di obbligazione quando fosse stata fatta la stipulazione già prima della morte.

L. 34, *de mort. caus.* (39, 6) - Mortis causa donatio etiam sic constitui potest, ut quis stipuletur in annos singulos, quoad viveret, scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio.
L. 77, *de iure dot.* (23, 3) - Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio; nam et si in tempus quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. Sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset, aut dotem alicuius nomine, nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est? Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est (2).

**477.** La forma con cui si effettua questa specie di donazione è molteplice. Può essere una promessa o una stipulazione, come si è veduto, può assumere la forma di cessione, quando si tratta di donare una obbligazione già preesistente, ovvero quando si tratta di liberare il debitore per mezzo di donazione, il che può concretarsi una *acceptilatio* o con un *pactum de non petendo*.

L. 28, *h. t.* (39, 6 - Avunculo suo, debitori, mortis causa

(2) L. 35, § 7, *h. t.* (39, 4); L. 4, § 1, *de doli mali except.* (44, 4).

donaturus, quae debebat, ita scripsit: tabulas vel chirographum tot, ubicumque sunt, inanes esse, neque eum solvere debere; quaero, an, heredes si pecuniam ab avunculo defuncti petant, exceptione doli mali tueri se possit. Marcellus respondit, posse; nimirum enim contra voluntatem defuncti heres petit ab eo.

L. 31, § 1, *eod.* - Iuliano placet, licet solvendo non sit debitor, cui acceptum latum sit, videri ei mortis causa donatum (1).

Può essere ancora oggetto di donazione non solo le cose coi diritti speciali, ma ancora un complesso di cose o di diritti, tutto un patrimonio, e ciò in doppio modo sia come complesso di cose singole, sia come una *universitas*.

L. 42, pr., *h. t.* (39, 6) - Seia, quum bonis suis traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent; igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio; bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat, se bona, quum moreretur, filiis Titii restituturam. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. Sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae conditionis donatio fuit, an quae mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri; sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens estorqueri videatur; muliere denique postea diem functa: liberi Titii, si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

In questo testo si trovano entrambe le forme, ed infatti nel rapporto a Tizio la donazione fu costituita per tradizione, per i figli di Tizio per una *interposita cautio*. Con tutto ciò che si tratti di una universalità di cose e di diritti, pure la donazione non crea una successione universale (2).

La *donatione* per causa di morte deve essere considerata come la *donatio inter vivos* irrevocabile al tempo della morte (3). Però, tenuto conto del modo come la donazione è fatta, può essere revocata prima.

Quando la donazione è fatta in contemplazione di un rischio, addiviene irrevocabile, se la morte succede in quel pericolo; quindi si risolve appena il pericolo è passato (4).

Se al contrario la donazione fu fatta per il tempo della morte in generale, la donazione può essere revocata o per pentimento solo, ovvero quando il donatario premuore al donante.

L. 13, § 1, *h. t.* (39, 6) - Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt; nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si iam mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui acceperit, decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, idest, nec si convaluerit quidem donator revocabitur (5).

Queste regole possono essere modificate per patto speciale, ed invero si può convenire che il donatore si obbliga a non rivocarla prima della morte, ossia può rinunziare al suo *ius penitendi*. In questo caso vi è una conversione della donazione, perchè si reputa una *donatio inter vivos*.

Risolutasi la donazione in uno dei casi sopraddetti il donatore ha la *rei vindicatio* quando è stata donata una cosa speciale. Oltracciò viene annoverata in favore del donatore una *condictio*, che potrebbe essere la *condictio causa data, causa non secuta* ovvero la *condictio sine causa*.

. L. 30, *h. t.* (39, 6) - Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem, vel utilem actionem habet (6).

La dottrina Cassiana che sul principio della L. 35, § 3, stabiliva la *condictio*, cadde in disuso più tardi coll'accordarsi l'*actio in rem*. Ma se anche la L. 35, § 3, fu introdotta nelle Pandette, ciò vuol dire che il donatore dopo la rivocazione avvenuta può esercitare o l'una o l'altra di queste azioni. È però più logico mettere la distinzione dell'esercizio delle due azioni in ciò che quando l'oggetto della donazione è una *res*, si eserciti la *rei vindicatio*, se poi l'oggetto consiste in un diritto di obbligazione si eserciterà la *condictio*.

Quanto alla forma esteriore della donazione per causa di morte si disse in generale che essa non era diversa da quella richiesta dalla *donatio inter vivos*. Ora si vuole che Giustiniano abbia voluto innovare questo punto e dare alla donazione per causa di morte una forma a sè, ciò sarebbe avvenuto colla L. 4, C. *h. t.* Imperocchè Giustiniano facendo menzione di una controversia tra i giureconsulti romani la decide determinando la nuova forma. La quale sarebbe la forma di fedecommessi, cioè la dichiarazione di ultima volontà, applicata come forma esclusiva di tutte le donazioni. Se ciò non fosse non vi sarebbe nesso logico della L. 4, cit. (7).

Tutto ciò non è stato generalmente accolto; ed invero questa nuova forma trasformerebbe tutta intera la donazione per causa di morte, facendola addivenire puramente e semplicemente un fedecommesso. Mentre è noto, e lo abbiamo constatato, che la donazione per causa di morte, tutto che in molti punti equiparata al legato, pure essa rimane un istituto così indipendente da non potersi in nessun modo confondere. Vale per tutto la natura contrattuale che ha sempre mantenuto tanto diversa dalla manifestazione unilaterale che crea il legato e il fedecommesso. È vero che in quella L. 4 Giustiniano parla di una controversia tra i giureconsulti romani relativamente all'applicabilità de' legati, alla donazione per causa di morte; però esso non vuol dire altro che quella tale controversia deve decidersi in modo, che certo la teoria de' legati deve applicarsi alle donazioni fino al punto che ciò sia compatibile colla natura della donazione per causa di morte, e che questo avvicinamento della donazione per causa di morte al legato deve apparire nella forma; in quanto che il donante non sia limitato alle strette formalità della donazione p. e. alla insinuazione, ma come ne' legati può ordinare la donazione in modo che invece della formalità propria della donazione fa sottoscrivere l'atto da cinque testimoni Di guisa che quella legge dà la facoltà al donatore di scegliere o la insinuazione ovvero

(1) L. 18, § 1, *h. t.* (39, 6); L. 15, pr., *ad leg. Falc.* (35, 2).

(2) Vedi Vangerow, II, § 561.

(3) L. 27, 32, *h. t.* (39, 6). Paul., *Praecept. sent.*

(4) L. 3-6; L. 19, 24, 35, § 3; 39, *h. t.*, § 1, *Inst.*, *de donat.* (2, 7).

(5) L. 45, § 4; L. 44, *h. t.*

(6) L. 35, § 3; L. 13, pr., *h. t.*; L. 12, *de caut. causa data* (12, 4); L. 38, § 3, *de usur.* (22, 1); L. 52, § 1, *de donat. interv. et uxor.* (24, 1).

(7) Wiederhold, *Zeitschr. f. Civil. u. process.*, 15.

i cinque testimoni; e più, questa parvenza di forma di fedecommesso messa all'arbitrio del donante è limitata a solo quelle donazioni che, essendo pingui al di là di 500 solidi, hanno bisogno della insinuazione. Ond'è che l'adoperare i cinque testimoni non è che un surrogato della insinuazione (1).

§ 128. — *Applicazione della dottrina dei legati alla* donatio mortis causa.

478. In che modo deve intendersi l'applicazione di alcune regole dei legati alla donazione. — 479. Applicazione del diritto antico. — 480. Disposizioni di Giustiniano al riguardo.

**478.** Si è osservato che la *donatio mortis causa*, sebbene sia una *mortis causa capio*, pure è dalle vere forme successorie talmente distinta da formare un istituto affatto indipendente (2). Dall'altra parte si volle dare alla donazione una tinta di legato e applicare qualche regola de' legati alla donazione per causa di morte.

§ 1, *Inst.* (2, 7) - ... Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis communeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra eam formavit constitutio:.. (3).

Sarebbe erroneo il ritenere che la donazione per causa di morte nella sua essenza fosse stata ritenuta come un legato. È vero che vi sono accenni, in cui si annunzia il pareggiamento, onde Ulpiano dice: *Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas, quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum* (4).

Lo stesso Giustiniano ci annunzia che vi era dubbio tra i giureconsulti romani se la *donatio mortis causa* doveva essere equiparata a' legati. In fondo nella legislazione classica una equiparazione perfetta non ci fu mai, anzi spicca chiarissimo il carattere indipendente della donazione. Quello che c'è di vero non è la questione sull'essenza della donazione e del legato, ma l'applicazione di qualche teoria de' legati alla donazione per causa di morte, applicazione che fino ad un certo punto è stata accettata da Giustiniano (5).

**479.** Nel diritto antico si faceva un'applicazione delle regole de' legati alle donazioni per causa di morte.

1° La legge Furia e la legge Voconia fu applicata anche alla *mortis causa donatio*.

Gajo, *Inst.*, II, 225 e 226 - Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit quod voluit. Qui enim verbigratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare. — 226 - Ideo postea lata est lex Voconia qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent: ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatarium personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere *testator*, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Per i *sacra privata* nella seconda classe erano chiamati a custodirla non solo i legatarii, ma ancora i donatarii *mortis causa* (6).

Per mezzo d'un Senatoconsulto d'epoca incognita le disposizioni della legge Giulia e Papia Poppea, relativamente alla incapacità, furono applicate anche alla *mortis causa donatio*.

L. 35, pr., *h. t.* (39, 6) - Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent quibus capere per legem non liceret. Ex hoc Senatusconsulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus (7).

Settimio Severo con una sua costituzione estese la quarta Falcidia e i legati.

L. 2, C. *h. t.* (8, 57) - Intestata mortua quondam nuru tua, neptis tua, quae ex ea filio tuo quaesita est, quandoque potest ad eius venire successionem. Nec tamen ea post mortem filii tui ex quo quaesierat filiam, alii nuptui se collocando dotem dans prohibeatur, quam velit conditionem eidem doti dicere. Sed si mortis causa donationem in fratrem suum conferens, in casum mortis suae eam dotem eundem fratrem suum stipulari passa est, quum divi Severi constitutione etiam in mortis causa donationibus, si de cetero patrimonio, quantum Falcidia iubet, heres non habet, provisum sit, is, qui nurui tuae heres exstitit, eius constitutionis beneficium non prohibetur postulare.

L. 5, C. *ad leg. Falc.* (6, 49) - Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei, uti potes.

Finalmente Giustiniano estese alla donazione per causa di morte il diritto di accrescimento e il diritto della cauzione Muciana.

L. 4, C. *h. t.* (8, 57) - Quum de mortis causa donatione dubitatur, et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus, omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere neque exspectare pubblicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacunque parte absimilis eis intelligatur (8).

**480.** Nella legislazione giustinianea dopo che Giustiniano accettò molti altri casi di analogia sorti dalla pratica, si hanno a questo proposito le seguenti disposizioni:

1° In caso d'insolvenza del donante i creditori di lui hanno il diritto d'impugnare la donazione *causa mortis*, ed è dispensato dalla prova del dolo o *consilium fraudis* richiesto negli altri atti tra vivi;

L. 17, *h. t.* (39, 6) - Etsi debitor consilium creditorum frau-

(1) Vedi Savigny, op. cit., pag. 261. Schröter, op. cit., pag. 135. Vangerow, II, § 563, not. 1. Arndts, § 589. Confr. Windscheid, *Zeitschrf. Giessen*, XV, 96. Idem, *Pand.*, § 676. Tewes, II, § 124, pag. 403, num. VI.

(2) L. 4, C. *h. t.* (8, 57).

(3) Nov. 87, praef.

(4) L. 37, *h. t.* (39, 6).

(5) Nov. 87, praef.

(6) Cic. *De legib.* (2, 19).

(7) Confr. L. 9, 37, *h. t. Fragm. Vat.*, § 259. Vangerow, *Latini Iuniani*, pag. 118.

(8) L. un., § 14, C. *de caduc. toll.* (6, 51). Nov. 22, c. 44.

dandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet; nam quum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent.

2° Se la donazione offende la porzione legittima del patrono, la si potrà impugnare senza bisogno di provare il dolo del liberto;

L. 1, § 1, *si quid. in fraud. patroni* (38, 5) - Si alienatio dolo malo facta sit, non quaerimus, utrum mortis causa facta sit, an non sit, omni enim modo revocatur; si vero non sit dolo malo facta, sed alias, tunc actori probandum erit, mortis causa factam alienationem. Si enim proponas, mortis causa factam alienationem, non requirimus, utrum dolo malo facta sit, an non sit; sufficit enim docere, mortis causa factam. Nec immerito, mortis causa enim donationes comparantur legatis; et sicut in legatis non quaerimus, dolo malo factum sit, an non sit, ita nec in mortis causa donationibus.

3° Per la *donatio causa mortis* sono applicabili anche le regole sulla nullità o meno dei legati in caso di *bonorum possessio contra tabulas;*

L. 3, pr. *de legat. praest.* (37, 5) - Sed et si mortis causa donationes sunt collatae, credo, tuendae sunt; si autem excepti non sunt, auferendas eis puto mortis causa donationes (1).

4° In caso d'una pena capitale, come i legati, sono nulle anche le donazioni per causa di morte;

L. 7, *h. t.* (39, 6) - Si aliquis mortis causa donaverit, et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant.

5° L'obbligo alla cauzione dell'usufruttuario fu ad esempio de' legati esteso alla donazione per causa di morte;

L. 1, § 2, *usufructuar. quemad. cav.* (7, 9) - Illud sciendum est, ad fideicommissa etiam aptari eam debere. Plane et si ex mortis causa donatione ususfructus constituatur, exemplo legatorum debebit haec cautio praestari; sed et si ex alia quacunque causa constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.

6° Lo stesso avveniva per la inefficacia della *condictio iurisiurandi* negli atti di ultima volontà;

L. 8, § 3, *de condit. instit.* (28, 7) - Et in mortis causa donationibus dicendum est. Edicto locum esse, si forte quis caverit, nisi iurasset, se aliquid facturum, restituturum quod accepit; oportebit itaque remitti cautionem.

7° Il figlio di famiglia che nel peculio castrense e quasi castrense è considerato come padre di famiglia e quindi ha la *testamenti factio activa*, può anche ordinare donazioni a causa di morte;

L. 15, *h. t.* (39, 6) - Marcellus notat quum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filiifamilias milites liberam facultatem, credi potest, ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent; Paulus notat; hoc et constitutum est, et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

8° Sulla donazione *mortis causa*, come sopra qualunque altro fedecommesso, si può gravare un legato.

L. 11, *de dote praeleg.* (33, 4) - Seia, quum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum aureos, et adhibuit Quintum Mucium, qui nihil numeravit, sed dotem stipulatus est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium; Seia moriens testamento suo ita cavit: *Lucio Titio, marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot aureos*, quaero, quum instituerit Lucium Titium convenire Quintus Mucius ex stipulatu actione, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti. Respondit, si Quintus Mucius mandatu Seiae, non donationis causa stipulatus est, heredibus mulieris eum teneri et ideo Quintum Mucium exceptione repellendum esse; quodsi donationis causa Seia stipulari permisisset, videri eum in casum, qui morte mulieris extitit, mortis causa stipulatum, et ideo fidei eius committi potuisse in eum casum, dicendum fore (2).

## Capitolo IX. — Dei beni ereptorii.

### § 129. — *Natura ed acquisto de' beni ereptorii.*

Bibliografia.

T., D. *De his quae ut indignis auferuntur* (34, 9). — T., D. *De his quibus ut indignis auferuntur et ad.* — *S. C. Silaniano* (6, 35). — Aaeberlin, *De bonis erepticis.* — Vangerow, II, § 565.



**481.** Diconsi beni *ereptizii* quei beni facenti parte di una eredità o di un legato, i quali sono tolti all'erede o al legatario per indegnità, e che cadono ad un'altra determinata persona o al fisco.

L'*ereptorium* specie di antico *caducum* non crea una eredità, ma la suppone, l'indegno erede rimane tale anche dopo che i beni gli sono stati tolti in tutto ciò che della eredità è pregiudizievole.

Colui che subentra ne' beni *ereptizii* non è vero erede o legatario, ma viene surrogato a chi fu considerato indegno. Qualche volta quello che è chiamato invece dell'indegno è equiparato ad un erede o ad un coerede, se si tratta di una parte.

Per la qual cosa, se l'*heres ex asse* fosse dichiarato indegno, il testamento non sarebbe *destitutum*, ma chi prende i beni subentra a lui nei diritti ereditarii che a lui spettavano.

L'*ereptio* presuppone la *delatio* del diritto ereditario e l'acquisto del legato: non si prescinde dall'acquisto della eredità da parte dell'indegno, ma non è un requisito della *ereptio*; e perciò, se per mezzo della confusione avvenuta coll'acquisto vi fu un pregiudizio, la confusione rimane (3).

**482.** I casi d'indegnità che riguardano l'eredità e i legati insieme sono i seguenti:

1° Quando sia accettato in vita del testatore di prestare un legato ad un incapace, se questi rimane tuttora incapace alla morte del testatore, vi subentra il fisco, dimodochè l'erede non può neppure sottrarre la quarta Falcidia.

L. 10, pr. *de his quae ut indign.* (34, 9) - In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit.

(1) L. 5, § 7; L. 20, pr., *eod.*
(2) Vedi Vangerow, op. cit., § 562, nota. Hasse, II, pag. 353, III, pag. 378. Savigny, IV, pag. 267.
(3) L. 8, 17, 18, § 1; L. 25, § 1, *h. t.* (34, 9).

L. 11, *eod.* - Heres, qui tacitam fidem contra leges accommodavit, in ea parte, qua fraudem adhibuit, Falcidia non utitur; et ita Senatus censuit. Sed si maior modus institutionis, quam fraudis fuerit, quod ad Falcidiam attinet, de superfluo quarta retinebitur (1).

2° Chi con violenza abbia impedito il testatore di fare o di mutare un testamento, perde la sua porzione ereditaria o in generale ciò che a causa di quella violenza ha guadagnato in favore del fisco.

3° Chi ha trascurato di vendicare l'assassinio del testatore è considerato anche come indegno;

L. 21, *h. t.* (34, 9) - Portiones quoque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt; omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis sunt, officiose agere circa defuncti vindictam convenit (2).

Sono esclusi da questa pena i minori:

L. 6, C. *h. t.* (6, 35) - Minoribus viginti quinque annis heredibus non obesse crimen inultae mortis placuit. Quum autem vos etiam accusationem pertulisse, et quosdam ex reis punitos proponatis, licet is, qui mandasse caedem dicitur, provocaverit, vereri non debetis, ne quam hereditatis paternae a fisco me quaestionem patiamini. Convenit enim pietati vestrae respondere causam appellationis reddenti. Quodsi maioris aetatis fuissetis, etiam ex necessitate provocationis certamen implere deberetis, ut possetis adire hereditatem.

4° È fra gl'indegni l'erede o il legatario che ha ucciso il testatore o ebbe colpa alla morte di lui;

L. 3, *h. t.* (34, 9) - Indignum esse Divus Pius illum decrevit (ut et Marcellus libro duodecimo Digestorum refert), qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur (3).

5° È considerato come indegno anche colui che mosse contro il testatore una controversia di stato;

L. 9, § 2, *h. t.* (34, 9) - Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio; ex qua specie statim fisco deferetur.

6° Lo stesso si dica per colui che sulla eredità del testatore ancor vivente contro la volontà o senza la saputa di lui ne dispone per donazione o in generale per qualunque atto di alienazione;

L. 2, § ult., *h. t.* - Idem erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicuius cognati donaverit; nam quasi indigno aufertur (4).

7° Molto rigorosi erano i romani relativamente ai giudizi d'inofficiosità e falsità istituiti contro i testamenti; perocchè chi degli eredi o legatarii avesse istituito un giudizio simile e lo avesse proseguito fino alla sentenza, ed egli perde la lite, viene considerato come indegno e tutto quello che in quel testamento gli vien lasciato gli è tolto e dato al fisco.

L. 8, § 14, *de inoff. test.* (5, 2) - Meminisse autem oportebit, eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit, et non obtinuit, id, quod in testamento accepit, perdere, et id fisco vindicari, quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit. Ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur, quod datum est; proinde, etiamsi absente eo secundum praesente pronuntietur, potest dici, conservandum ei, quod accepit. Eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet. Ceterum si id rogatus fuit restituere non debet iniuria fieri. Unde non male Papinianus libro secundo Responsorum refert, si heres fuit institutus, et rogatus restituere hereditatem, deinde in querela inofficiosi non obtinuit, id, quod iure Falcidiae potuit habere, solum perdere (5).

**483.** Questa pena colpiva non solo quelli che avevano mossa la lite, ma ancora coloro che vi facevano parte come testimoni, periti, garanti, ecc.; anzi il rigore giunse fino al punto di colpire fino il giudice erede o legatario che colla sua sentenza avesse riconosciuto falso o inofficioso un testamento; questo però quando la sentenza, andando in appello, era stata riformata e il testamento riconosciuto inattaccabile.

L. 5, § 10, 11, 12, *h. t.* (34, 9) - His vero, qui testimonio suo intentionem accusatoris adiuvaverunt, deneganda est actio; idque Divus Severus decrevit. § 11. Sunt, qui putant, et recte, et ei denegandam, qui accusatori adfuit, vel fideiussor pro eo extiterit. § 12. Quidam et Praesidem indignum putant, qui testamentum falsum pronunciavit, si appellatione intercedente heres scriptus obtinuit.

Questa condanna non colpisce coloro che hanno mosso la lite ma in nome altrui, come p. e. avvocati, tutori, curatori che muovono la lite in nome dei minori, impuberi, ecc.

L. 22, *h. t.* (34, 9) - Tutorem, qui pupilli sui nomine falsum vel inofficiosum testamentum dixit, non perdere sua legata, si non obtinuerit, optima ratione defenditur; et si libertum patris pupilli sui nomine capitis accusaverit, non repelli a bonorum possessione contra tabulas, quia officii necessitas et tutoris fides excusata esse debet. Nec quisquam iudicum calumnia notabit tutorem, qui non suis simultatibus accusationem sub nomine pupilli instituit, sed cogente forte matre pupilli, vel libertis patris instantibus. Et si tutor reum aliquem postulaverit pupilli nomine, et ideo non sit exsecutus, quod interim ad pubertatem pupillus pervenerit, non oportet dici, in Turpillianum eum Senatusconsultum incidisse; discreta sunt enim iura, quamvis plura in eandem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatarii; et quum non suae personae iure, sed pupilli accusaverit, propriam poenam mereri non debet. Denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a Principe conservata sint, pereunt, adeo ille est accusatoris defensor, et quasi patronus idem et Sabinus libris ad Vitellium scripsit.

Come ancora la pena non tocca colui il quale non inizia la lite, ma prosegue quella già intentata dal suo antecessore.

L. 22, § 2, 3, *de inoff. test.* (5, 2) - Multo magis, si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit me herede relicto, egoque hereditariam causam peregi, et victus sum, id, quod mihi eo testamento relictum est, non perdam; utique si iam defunctus agere coeperat. § 3. Item si adrogavi eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii, nec obtinuero, perdere me legatum non oportet, quia non sum indignus, ut auferatur mihi a fisco id, quod derelictum est, quum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.

Egualmente sono esclusi dalla pena i minori e gl'impuberi, quando la lite è stata incoata dai loro tutori e curatori.

(1) L. 18, pr., § 1; L. 23, *h. t.* (34, 9); L. 17, § 2, *de usur.* (22, 1); L. 3, pr., § 1-4, *de iur. fisc.* (49, 14); L. 59, *ad leg. Falc.* (35, 2).
(2) L. 5, § 2, L. 15, *ad S. C. Silan.* (29, 5); L. 1, 7, 9, C. *h. t.* (6, 35).
(3) L. 7, § 4, *de bon. damn.* (48, 20); L. 10, C. *h. t.* (6, 35).
(4) L. 29, § ult.; L. 30, *de donat.* (39, 5).
(5) L. 22, § 2-3; L. 23, *eod.*; L. 5, pr., § 1, ss.; L. 7, 15, 22, *h. t.* (34, 9); L. 13, § 9; L. 28, § 1, *de iure fisci* (49, 14); L. 6, C. *ad leg. Corn. de fals.* (9, 22).

L. 5, § 9, *h. t.* (34, 9) - Aetati eius, qui accusavit, ignoscitur, et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velint; et ita Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt.

8° Le eguali disposizioni del N. precedente si hanno quando si è domandata dall'erede la *bonorum possessio contra tabulas*, e non si è ottenuta; perchè tutto ciò che si trova nel testamento in favore di quell'erede è tolto a lui e dato al fisco.

L. 2, pr., *h. t.* (34, 9) - Aufertur hereditas ex asse, et ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tabulas bonorum possessionem patris ut praeteritus petierit, et ex substitutione impuberis adierit hereditatem.

9° È indegno ancora per una parte limitata colui che convive con una donna congiunto da un matrimonio fatto contro le leggi e le costituzioni, uno de' due coniugi perde in favore del fisco tutto ciò che ha ricevuto per atto di ultima volontà dall'altro.

L. 4, C. *de incestis et inutil. nupt.* (5, 5) - Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum, sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignaeve sublatum, fisco vindicari sancimus, exceptis tam feminis quam viris, qui aut errore acerrimo, non affectato insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi. Quos tamen ita demum legis nostrae laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos pervenerint annos, coniunctionem huius modi sine ulla procrastinatione diremerint.

10° Una donna, la quale vive in relazioni illecite con un uomo, perde in favore del fisco ciò che le è lasciato da quest'uomo, anche che ciò avvenisse in un testamento militare.

L. 42, § 1, *de testo milit.* (29, 1) - Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit (1).

484. Tutti quanti questi casi determinano, come si è veduto l'*ereptorium* in favore del fisco; vi ha però un'altra serie di casi, in cui non vi è propriamente una indegnità, ma quello che si perde dall'erede o dal legatario viene acquistato da determinate persone.

I casi sono i seguenti:

1° Quando ad uno, nominato tutore nel testamento si lascia qualche cosa, un legato, un fedecommesso, ecc., nella previsione che avesse accettata la tutela, se questi per motivi di scusa non accetta la tutela, quello che era destinato a lui si concede a chi cadrebbe, se non fosse il beneficio a lui concesso.

L. 35, *de excusat.* (27, 1) - Nesennius Apollinaris, Iulio Paulo. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aeque pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit; Titius confirmatus excusavit se a tutela; quaero an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excuset se, an aeque repellendus sit a legato; et an aliquid intersit, si a patre vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi, qui non iure datus sit vel tutor, vel curator a patre, confirmatus a Praetore excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato; idque et Scaevolae nostro placuit; nam et Praetore, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id, quod testator relinquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere. Non semper tamen existimo, eum, qui onus tutelae recusavit, repellendum a legato, sed ita demum, si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxit, non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela. Id apparere potuit, si posueris testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum; in hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum, quia et tutorem esse voluerit testator.

Perchè si potesse applicare questa pena è necessario che la porzione ereditaria o il legato fosse stato concesso appunto ed unicamente *cogitatione tutelae*, perchè ove fosse stato lasciato, non propriamente a questo scopo, l'atto di scusa non porterebbe all'*ereptitium*. La mancanza insomma di questo criterio ha prodotto qualche equivoco, essendosi da qualcuno ritenuto che questo caso d'indegnità riguardi piuttosto i legati, anzichè le istituzioni di eredi. Fondamento di questa credenza è stato qualche testo in cui, sebbene fosse avvenuta la *excusatio tutelae*, pure la porzione ereditaria di chi si scusa non è *erepta*. Nella L. 31, § 1, è detto: « quae « tutoribus remunerandae fidei causa testamento parentis « relinquitur, post excusationem ab heredibus extraneis « quoque retineri placuit; quod non habebit locum in « persona filii, quem pater impuberi fratri coheredem « et tutorem dedit, quum iudicium patris ut filius non « ut tutor promeruit ».

Qui si fa il caso che un padre abbia istituito due figli, e nomina per uno di essi impubere l'altro fratello tutore, questi si scusa, perde egli per indegnità la sua porzione ereditaria? Certo no. Ma non perchè questo caso di indegnità si riferisca ai legati piuttosto che istituzione di erede, ma perchè la porzione ereditaria concessa al figlio che nominava tutore non fu data in contemplazione della tutela, *ut tutor*, ma perchè figlio, *ut filius*. Similmente nella L. 36 è stabilito chiaramente lo stesso concetto. Supposto il caso che al tutore designato per il pupillo fosse stato dato un legato, e fosse pur lui un sostituito pupillarmente; se esso tutore si scusa di accettare la tutela, perde il legato per indegnità, ma non nel medesimo tempo la parte che gli viene per sostituzione pupillare. Ma ciò non perchè il caso d'indegnità, si riferisca solo a legati e non all'eredità, ma per il motivo dato da Paolo: « non est verisimile, hunc « demum cum testatore substinere voluisse, si et tu- « telam suscepisset; et ideo, de quo quaeritur, adlegato « quidem si adhuc viveret pupillus, repellendum fuisse, « a substitutione autem non esse summovendum » (2).

2° Quando uno fu favorito nel testamento in contemplazione d'un'educazione da darsi al pupillo, egli perde quello che gli si è dato, se non imprende la educazione cui fu obbligato;

L. 1, § 3, *ubi pupill.* (27, 2) - Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere exemplo tutoris testamento dati. Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum; ceterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio; et ita Divus Severus saepissime statuit.

3° Se a qualcuno è stato dato qualche cosa nel testamento e gli si è fatto obbligo di provvedere ai funerali del testatore, egli perde tutto quando si scusa di non potere adempiere tale obbligo;

L. 12, § 4, *de relig.* (11, 7) - Funus autem eum facere oportet; quem decedens elegit; sed si non ille fecit, nullam esse huius rei paenam, nisi aliquid pro hac emolumentum ei relictum

(1) L. 14, *h. t.* (34, 9).

(2) Ved. L. 5, § 2, *h. t.*

est; tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. Sin autem de hac re defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit; si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos, quosque suo ordine, quo succedunt.

4° Quando l'erede o il legatario non adempie al *modus* sotto il quale fu istituito o ebbe il legato è privato della eredità o del legato in favore di altre persone determinate secondo le precise disposizioni della Novella 1ª, Capo 1°.

His igitur a nobis praeordinatis, sancimus, eos, qui ab aliquibus scripti sunt heredes aut meruerint fideicommissa, per universitatem forsan, aut per speciem, aut legatum, necessitatem habere, quaecumque testator et honorans eos, disposuerit, omnimodo complere, si quod praecipitur legitimum sit, aut si non illud aliqua lex prohibeat, vel, si non fiat ab eo, qui honoratus est, tamen ratum esse expresse iam demonstrat. § 1. Si quis autem non implens quod dispositum est, sed dum competat ei, qui honoratus est, quid relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus annum totum protraxerit, non agens hoc, quod praeceptum est, si quidem aliquis illorum fuerit, qui necessario ex lege praecipiunt, in plus autem, quam quod lex ei dare vult, scriptus est: heres, tantum accipiat solum, quantum lex ei dari secundum quartam ab intestato partem concedit, aliud vero totum auferri. Et si quidem etiam alii quidam scripti sunt heredes, accrescere illis secundum partem institutionis, quae unicuique distributa est. Si vero nullus alter sit heres, aut sint quidem scripti quidam, non autem adeant hereditatem, tunc quod aufertur adiiciatur aliis rebus, et licentia praebeatur et legatariis, et fideicommissariis, et servis libertate honoratis adire, et haec acquirere, ita ut omnibus modis quod praeceptum est per testantem impleatur; cautione videlicet prius ab eis facta, secundum quod personarum vel rerum receperit modus, quia res accipientes: agunt in eis, quae recte voluerunt testatores. Si vero nullus horum, de quibus testamento memoria facta est, voluerit adire, hoc est coheres, aut legatarius, aut fideicommissarius, aut servus libertate honoratus, tunc ad alios, quos lex ab intestato vocat post eum quidem, qui scriptus est, et legitima per hanc legem parte exclusus, deferri res, et ipsos similiter praebentes cautionem, quia complent, quae testamento continentur. Inordinatum vero nihil neque confusum nec in his fieri volumus, sed primus secundum ordinem vocatus post eum, quia iam exclusus est a lege nostra ita vocetur prior: deinde qui post illum est, ita de caetero, donec ultimus relictus locum faciat etiam alicui exterius venientium et adire, et quae relicta sunt implere; post quos etiam fiscum, si voluerit, ponimus. Etenim in legatariis et fideicommissariis hunc esse volumus ordinem, ut detur licentia aditionis priori per universitatem fideicommissario, aut multis existentibus, maiorem partem habenti, quoniam et in similitudinem heredis consistit: et maxime apud nos, qui Trebelliano soli dogmati dedimus in talibus fideicommissis locum, Pegasiani circuitiones odio habentes et expellentes. Si vero aut non fuerit quispiam per universitatem honoratus, aut fuerit, sed noluerit agere quod iussum est, ad eos, qui maioribus propriis legatis aut fideicommissis honorati sunt, huiusmodi venire fiduciam; sic quoque servis dari tempus, qui libertate honorati sunt, et adire, et liberis cautem esse, et res percipere, et complere, quae iussa sunt, cum praedicta dudum cautione. Si vero nullus fuerit legatariorum vel fideicommissariorum per universitatem aut per speciem maiori parte aut in legato aut in fideicommisso honoratus, sed omnes aequalem habuerint fortunam, tunc proponi quidem etiam sic per universitatem fideicommissarios, propter dictam iam dudum rationem, aut eum, qui ex eis voluerit implere quod praeceptum est; reliquos autem legatarios vel fideicommissarios, quicumque nihil alterutros in hoc, quod relictum est, antecedunt, etiam omnes, si voluerint, vocari, aut qui ex eis voluerint. Si vero nullus legatarius aut fideicommissarius elegerit hoc agere, damus servis licentiam libertate honoratis secundum ordinem denominationis, per quam eos dominus denominaverit, secundum hoc habere in alterutros praepositionem. § 2. Et haec quidem omnia sancimus, ubi necessaria quaedam subiacet datio in aliquo, cui ex natura debetur quaedam successio a testatore et moriente. Si vero nulla subest huiusmodi persona in institutionibus, sed spontanea largitas dispositionis a testatore fiat, deinde scriptus heres non compleat quod praecipitur intra praedictum a nobis dudum tempus, illum quidem privari omnibus relictis, nihil penitus neque per Falcidiae occasionem, neque per aliam causam percipere valentem: similiter autem talia obtinere. Et si quidem sint coheredes, hoc vocari volumus, alioquin ad fideicommissarios, et legatarios, et servos, et omnes ab intestato, secundum prius a nobis traditum ordinem, res venire, ubique onere cohaerente, quatenus oporteat compleri ea, quae testator secundum (legem sicut prius) diximus imperavit. § 3. Si vero institutio etiam substitutionem habuerit, certum est, quia prius ad substitutum volentem venient omnes res secundum legem complentem quae relicta sunt, et sic illo nolente tunc ad coheredes, et legatarios, et servos, et qui ab intestato, et qui extra sunt, et fiscum secundum a nobis datam observationem ea, quae auferuntur, venient, complentes ubique deficientium legitimas dispositiones; propterea namque etiam ad tantas respeximus successiones, ut non remaneat sine aditione ipsius morientis hereditas. § 4. Exheredatos autem liberos (si iuste a patre exclusi sunt, et nihil ex patris habeant voluntate) non vocamus neque respicimus licet decies millies velint. Una est enim legis intentio, ut quae disposita sunt a morientibus impleantur; eum enim, qui ab ipso testatore propria substantia pulsus est, quomodo erit iustum vocare ad res, quarum eum ille per exheredationem factam in eum expressim fieri participem noluit? Si vero ablatam partem a non complente morientis voluntatem prius deduximus ad substitutos, deinde ad coheredes, et post illos ad legatarios et fideicommissarios, nec non et ad servos, et ita ad eos, qui ab intestato vocantur, et ad extraneos atque ad fiscum venimus, non absurde hoc factum est, nec inaniter, nec quasi aliquem lateat quod decet, sed ex providentia et secundum legem, ut finitis primum omnibus secundum testamenta personis, deinde abrenuntiantibus, ita ad eam, quae est ab intestato, vocationem et alios veniremus. In omnibus autem casibus, in quibus scriptis non complentibus vocamus aut ex testamento personas aut ab intestato, et caeteros, extraneos, et fiscum damus omnibus talibus personis fieri heredes, et aditionis aut pro herede gestionis habere ius (haec enim legis verba sunt), et tanquam heredes omnia gerere et conventos et convenientes. Haec quidem etiam antiquissimae leges ex propria auctoritate praestabant, et heredes faciebant, eos qui neque scripti heredes, neque ab intestato ad hereditatem vocabantur. His omnibus obtinentibus, licet non ab herede, sed a legatario, aut fideicommissario, aut mortis causa percipiente dari aliquid aut fieri testator voluerit; eodem ordine in occasione ablatarum rerum servando, et inchoante quidem a substitutis legatariis, terminante vero in fisco. Et nullus hanc legem duram habeat, tamquam relictis privatus, sed considerans, quia omnibus hominibus terminus vitae est mors, et non solum ab aliis ipse se praecipere contempletur, sed cogitet, quia et ipse aliis moriens imperabit, et si non huius legis mereatur auxilium, nihil horum, quae cum omni studio disposuerat, ad effectum perducet. Non enim iis, qui sub nobis, neque qui nunc solum sunt hominibus, sed omni etiam post hoc currenti tempori legem ponimus.

**485.** I casi d'indegnità che riguardano esclusivamente la eredità sono i seguenti:

1° Quando un erede per defraudare il legatario trafuga o nasconde una parte dell'eredità, invece di lui la quarta Falcidia si sottrae dal fisco. A questo scopo secondo la L. *h. t.* si procede nel seguente modo: supposto che il testatore avendo un patrimonio di 400 fa de' legati di tutti i 400; l'erede ne nasconde 100, così che in rapporto a' 300 che restano visibilmente nella eredità, è applicabile il dritto comune, cioè che lo erede sottrae da esso la sua quarta ossia 75. Relativamente poi alle 100 nascoste il legatario ne riceve tre quarti e l'altro quarto ossia 25 che avrebbe dovuto sottrarsi dall'erede son tenute al fisco;

Rescriptum est a Principe, heredem rei, quam amovisset, quartam non retinere; ed ideo si is, qui quadrigenta habebat, universa quadrigenta legavit, et heres centum subtraxisset,

trecentorum quartam retinebit, septuagintaquinque scilicet, et ducenta vigintiquinque dabit legatariis quidem dabit septuagintaquinque, reliqua, id est vigintiquinque, ad fiscum venient.

2° Quando qualcuno ha istituito erede un altro per la putativa qualità di figlio, e dopo si prova più tardi che è semplicemente supposto, allora il fisco prende quella parte stabilita per l'erede iscritto;

L. 46, *de iure fisci* (49, 14) - Aufertur ei quasi indigno successio, qui quum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.

3° Quando il testatore cancella il nome di un erede scritto nel testamento, o quando in seguito fa un altro testamento per sè nullo, ovvero anche quando nel codicillo dichiara indegni gli eredi scritti nel testamento, il fisco quasi surroga l'erede tralasciato o quello dichiarato indegno; in tal caso però è obbligato a pagare i legati succedendo così nei diritti come negli oneri. In questa ipotesi dalla legge è risoluta favorevolmente la quistione della solidità de' legati.

L. 12, *h. t.* (34, 9) - Quum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem Senatus hereditatem. Quod Divus Marcus in eius persona indicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat, causa enim ad Praefectos aerarii misit; verum ab eo legata relicta salva manserunt. De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat (1).

L'*ereptorium* che riguarda la sola eredità è determinato qualche volta in favore di qualche erede pei seguenti casi:

1° È considerato come indegno colui il quale essendovi obbligato non si prende cura di far nominare il tutore ad un impubere.

A questo proposito nel dritto classico vi era questa disposizione: Una madre, la quale aveva trascurato di domandare a tempo debito un tutore a suo figlio, veniva dichiarata indegna della successione di lui, e la sua porzione ereditaria era devoluta a' più prossimi eredi.

L. 2, § 1, 2, *qui pet. tut.* (26, 6) - Alii igitur voluntate petunt tutores. Sunt autem quidam, quibus est necesse petere tutores, puta mater et liberti; ex his enim illa damnum patitur, hi autem et puniuntur, si non petierint eos, qui ex legibus defensores sunt. Mater enim expellitur a legitima filii hereditate, quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam, negligens ei constitui tutorem. Et non solum si non petierit, sed et si pravitatis gratia petierit eum, qui dimitti poterat, deinde demisso eo vel abiecto alium non petierit rursum, vel ex studio malos petierit. Liberti autem ex his causis accusati apud Praesidem puniuntur, ut emendentur, si apparuerint vel propter negligentiam, vel propter malitiam non petiisse. § 2. Quae autem de matre dicta sunt ostenduntur in Epistola Divi Severi, cuius verba subiecta sunt *Divus Severus Ulpio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, quum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo; et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filius suis, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.*

Quella disposizione fu estesa dagli imperatori Teodosio e Valentiniano in questo senso: che chiunque nello spazio di un anno non avesse domandato un tutore all'impubere perdeva tanto l'eredità intestata come quella pupillare in caso di sostituzione.

L. 10, C. *de legit. hered.* (6, 57) - Sciant qui ad successionem vocantur pupilli mortui si defuncto eius patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam.

*a*) Non è applicata questa pena quando l'impubere non ha patrimonio;

L. 2, § 26, *ad S. C. Tertull.* (38, 17) - Quodsi penitus egenis filiis non petit, ignoscendum est ei. § 45. Ergo, etiamsi mater ei, qui solvendo non erit, non petierit tutorem, puto ignoscendum; consuluit enim ei, ut minus inquietetur, quasi indefensus. § 46. Et si forte quis uxorem communis filii matrem heredem scripsit, rogaveritque remissa etiam satisdatione, ut filio puberi facto restitueret hereditatem, nec mater ei petiit tutores, debet dici, cessare constitutionem, quum patris voluntatem secuta sit, et nihil habenti filio tutores non petierit. Quodsi ei remissa satisdatio non fuerit, contra erit, quoniam vel propter hoc debuit tutores habere; sed si forte impubes post matris cessationem fuerit adrogatus, et impubes obierit, dicendum erit, matri adversus adrogatorem non competere ex stipulatu actionem.

*b*) Quando la domanda non fu fatta per giustificati motivi;

L. 2, § 27, *eod.* - Sed si forte absens a libertis praeventa est, vel ab aliis, dicendum est, eam non excludi, nisi forte, quum frustraretur, id contingit (2).

*c*) Quando il non avere tutore risponde ad un vantaggio patrimoniale del pupillo;

L. 2, § 44, *eod.* - Tractari belle potest, si pupillo amplum legatum sub conditione sit relictum: *si tutores non habuerit*, puta propterea ei mater non petierit, ne conditione deficeretur, an constitutio cesset. Et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati; quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum; et putat, dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno, quam in legato, nisi forte quis putet, conditionem hanc quasi utilitati publicae oppugnantem remittendam, ut alias plerasque; aut verba cavillatus imputaverit matri, cur curatores non petierit. Finge autem plenius conditionem conscriptam, nonne erit matri ignoscendum, aut hoc imputabitur matri, cur non desideravit a Principe conditionem remitti? Et puto, non esse imputandum.

*d*) Quando l'impubere è morto dopo ch'egli acquistò la facoltà di testare, ossia immediatamente dopo la pubertà;

L. 3, C. *S. C. Tert.* (6, 55) - Matres quae puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, praescriptione tamen non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem minima debere praescribi, certum est.

*e*) Finalmente se colui che dovea domandare il tutore era un minore.

L. 2, C. *si adversus delict.* (2, 35) - Licet in delictis aetate neminem excusari constet, matri tamen, quae filiis tutorem aetatis lubricolapsa non petiit, eorum minime denegari successionem convenit, quum hoc in maioribus matribus tantum obtineat (3).

---

(1) L. 16, § 2, *eod.*; L. 2, 3, *de his quae in test. delentur* (28, 4).

(2) L. 8, C. *qui pet. tut.* (5, 31).

(3) È da avvertire che in tutte queste eccezioni sibbene si parli solamente della madre, pure le disposizioni vanno applicate per chiunque ha l'obbligo di domandare il tutore. La limitazione apparente relativamente alla madre, si spiega perchè all'epoca in cui quelle disposizioni furono emanate l'estinzione anzidetta, in virtù della costituzione di Teodosio e Valentiniano non era ancora avvenuta.

**2° Quando una donna tutrice del figlio passa a seconde nozze prima che domandi un nuovo tutore per il figlio, e prima che abbia dati i conti, ella perde in favore de' prossimi parenti del figlio tutto ciò che ella acquistava per successione intestata o pupillare;**

L. 6, C. *ad S. C. Tertull.* (6, 55) - Omnem matri sive ab intestato, sive iure substitutionis, si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem, si ea, legitima liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum praestitutum aspiraverit nuptias, antequam ei tutorem alium fecit ordinari, eique, quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit.

**3° Quando un demente è abbandonato da' più prossimi parenti ch'erano obbligati a prenderne cura, questi come indegni perdono la successione di lui che è devoluta a coloro che hanno cura del demente medesimo (1);**

**4° Quando gli eredi testati o intestati non redimano il loro testatore dalla prigionia, e lo stesso muore prigione, essi perdono come indegni il diritto di successione in favore della chiesa del luogo del defunto; e questa eredità dev'essere impiegata alla redenzione de' prigionieri. Questa pena non riguarda coloro i quali non abbiano compiti ancora 18 anni.**

**Quel fratello erede, il quale abbia attentato alla vita del fratello della cui eredità si tratta, o che abbia mosso contro di lui un'azione criminale, ovvero che abbia portato nocumento e iattura al suo patrimonio, dev'essere escluso dalla successione intestata.**

Nov. 22, cap. 47, pr. - Et quoniam scimus multas fratribus ad invicem factas contentiones, illum solum tamquam ingratum circa fratrem effectum participare hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properavit inferre iacturam; eius enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat (2).

**486. Finalmente i casi d'indegnità che riguardano solo i legati in cui l'*ereptorium* non cade al fisco sono i seguenti:**

**1° Quando il legatario trafuga cose della eredità, egli perde in rapporto a queste cose l'azione per far valere i legati;**

L. 5, C. *de legat.* (6, 37) - Non est dubium, denegari actionem legatorum ei pro portione competente in iis rebus, quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit (3).

**2° Quel legatario il quale ha celato il testamento perde tutti i legati che vi si trovano in favore suo e cadono in favore dell'onerato.**

L. 25, C., *eod.* - Si legatarius celaverit testamentum, et postea hoc in lucem emerserit, an posset legatum sibi relictum is, qui celaverit ex eo testamento vindicare, dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censemus, ut non accipiat fructum suae calliditatis, qui heredem voluit hereditate sua defraudare; sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem quasi pro non scripto apud heredem, ut qui alii nocendum esse existimavit, ipse suam sentiat iacturam...

N. De Crescenzio.

## SUCCESSIONE (Diritto Intermedio).

### Bibliografia.

Abignente, *Il diritto successorio nelle provincie napolitane*, Nola 1881. — Amira, *Erbenfolge und Verwandschaftsgliederung nach dem altniederdeutschen Rechten*, München 1874. — Anouilh, *Institutions conctractuelles dans l'ancien droit français et dans le Code Napoléon*, nella Revue historique, 1860. — Barth, *Teutschlands Urgeschichte*, Erlangen 1841. — Baumstark, *Urdeutsche Staatsalterthümer*, Berlin 1873. — Beauchet, *Loi de Vestrogothie* nella « Nouvelle Revue historique de droit français et étranger », xi, 1887. — Behrend, *Ancrang und Erbengewere*, 1885. — Berardi, *Institutiones juris Ecclesiastici*, Aug. Taur. 1769. — Beseler, *Die Lehre v. Erbverträgen*, Gottingen 1837-40. — Beseler, *System des deutschen Privatrechts*, Berlin 1885. — Bluhme, *Omnis Parintilla*, nelle « Abhandl. z. Gesch. deut. Rechts », Bonn 1871. — Brünnech, *Siciliens Mittelalterliche Stadtrechte*, Halle 1881. — Brunner *Das Anglonormannische Erbfolgesystem*, Leipzig 1869. — Brunner, *Sippe und Wergeld*, nella « Zeitschr. f. Rechtsgesch. », xvi. — Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig 1887. — Canciani, *Leges barbarorum*, Venetiae 1781-89. — Ciccaglione, *I patti nuziali nelle provincie napolitane*, Napoli 1881. — Ciccaglione, *Storia del diritto italiano*, Napoli 1884. — Ciccaglione, *Feudalità*, nell' « Enciclopedia giuridica italiana », vol. vi, parte ii. — *Codex diplomaticus Cavensis*, Neapolis 1873 seg. — Coquille, *Commentaire sur la Coutume du Nivernais*, 1724. — Cosack, *Besitz der Erben*, Weimar 1877. — Dareste, *Mémoire sur les anciennes lois suédoises*, nel « Journal des Savants », 1880. — Dareste, *Les anciennes lois du Danemark*, ib. 1881. — Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, ib. 1881. — Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, ib. 1881. — Dareste, *Histoire de la classe agricole*, 1869. — Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, Breslau 1883. — Dedekind, *De ordine succedendi quo legibus et moribus Germanorum antiqui et medii aevi successio ex iure cognationum delata sit*, Göttingen 1822. — Delisle, *La classe agricole en Normandie*, 1872. — Doniol, *Histoire des classes rurales*. — Eichhorn, *Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*, Göttingen 1843. — Erschbach, *Institutions contractuelles* nella « Revue de législation », xi. — Fischer, *Versuch über d. Geschichte d. deutschen Erbfolge*, 1778. — Furth, *Die Ministerialen*, Cöln 1836. — Fustel de Coulange. *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, Paris 1885. — Gans, *Diritto successorio nel suo sviluppo storico*, Napoli 1851. — Gasquet, *Précis des institutions politiques et sociales de l'ancienne France*, Paris 1885. — Gaudenzi, *Salica Legge* nel Digesto Italiano, vol. xi, parte i. — Gierke, *Rechtsgeschichte d. deutsch. Genossenschaftrecht*, Berlin 1868. - Gierke, *Erbrecht und Vicinenrecht*, nella « Zeitschr. f. Rechtsgesch. », xii, 1878. — Giraldi, *Expositio iuris Pontificii*, Roma 1767. — Giraud, *Précis de l'ancienne droit coutumier français*, Paris 1875. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Paris 1882 seg. — Glasson, *Le droit de succession dans les droits barbares* nella « Nouvelle Revue historique de droit français et étranger », ix, 1885. — Glanville, *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae*. — Grimaldi, *Storid delle leggi del regno di Napoli*, Napoli 1749. — Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, Göttingen 1854. — Hartmann, *Z. Lehre v. Erbverträgen und d. gemeinsch. Testam.*, Braunschweig, 1860. — Hasse, *Ueber Erbvertrag*, nel « Rhein. Museum f. Jurispr. », ii. — Heusler, *Gewere*, Leipzig 1882. — Heusler, *Institutions des deutschen Privatrechts*, Leipzig 1885-86. — Homeyer, *Des Sachsenpiegels zweiter Theil*, Berlin 1842-44. — Homeyer, *Des Sachsempiegels erster Theil*, Berlin 1861. — Hubner, *Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauches im altdeutsch. Recht*, 1888. — Keyser, *Das Erbrecht nach d. Edicten der. lang. Koenige*, nella « Zeitschr. f. Rechtsgesch. », xiii, 1878. — Laband, *Wesen des röm, und german. Erbrecht*, 1861. — Laferrière, *Histoire du droit français*, Rennes 1846. — Lamantia, *Consuetudini delle città di Sicilia*, Palermo 1862. — Lamantia, *Storia del diritto italiano*, Roma 1884. — Lessona, *La revocabilità del testamento nella sua evoluzione storica*, 1886. — Lewis, *Succession des Erben in die obligationen des Erblassers nach deutsch. Recht*, Berol. 1864. — Lewis, *Zur Lehre v. d. successionordnung des deutsch. Rechts*, nella « Krit. Vierteljahrschr. », ix. — Linde, *De successione germanica imprimis pacticia*, Bonn 1820. — Liruti, *De servis m. aevi in Forojulio* (simbolae letterariae), Roma

(1) Nov. 115, cap. iii, § 12.

(2) Vangerow, ii, § 565, not. ii, 5. Vedi anche Mühlenbruch *in Glück*, xxxvii, pag. 386, ss.

(3) L. 48, *ad S. C. Treb.* (36, 1).

1772. — Majer, *Germanien Urverfassung*, Stuttgart 1789. — Majer, *Teutsche Erbfolge sowohl uberhaupt als insbesond. in Lehen u. Stammguter*, 1805. — Miller, *Das langobardisch. Erbrecht*, nella « Zeitschr. f. R. G. », XIII, 1878. — *Monumenta historiae patriae*, Aug. Taur. 1836, seg. — Pacifici-Mazzoni, *Studio storico sulla successione legittima dalle* XII *tavole al Codice italiano*, Modena 1870. — Padelletti, *Fontes iuris italici m. aevi*, Torino 1877. — Pappenheim, *Launegild und Garethinx. Ein Beitrag z. Gesch. des deutsch. Rechts*, Breslau 1882. — Pardessus, *Loi salique*, Paris 1843. — Pertile, *Storia del diritto italiano*, Padova 1871 seg. — Phillips, *Compendium iuris ecclesiastici*, Ratisbona 1875. — Phillips, *Kirchenrecht*, Regensb. 1872. — Phillips, *Deutsche Rechtgeschichte*, Berlin 1832. — Phillips, *Englische Reichs-und Rechtgeschichte*, Berlin 1828. — Rathery, *Histoire du droit de succession des femmes*, nella « Revue de législation de Wolowschi », XVIII, 1843. — Renaud, *Die franzôs, Rechtsregel: Le mort saisit le vif*, nella « Z. f. Rechtswissensch. und Gesetzgeb. d. Auslandes », XIX, XX, 1847-48. — Rosin, *Comm. ad tit. legis Salicae* LIX *de alodis*, Vratisl. 1875. — Salvioli, *La responsabilità dell'erede nel delitto del defunto*, nella « Rivista italiana di scienze giuridiche », II, 1886. — Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino 1890. — Sampere, *Historia del derecho espanol*, Barcelona 1847. — Schulte, *Lehrbuch des deut. Rechtsgeschichte*, Bonn 1881. — Schulte *Ueber die Testamenta ad pias causas nach canonischen Recht*, nella « Zeitschr. f. Civilrecht und Process. (Neufolge) », VIII. — Schulte, *Kirchenrecht*, Giessen 1856-60. — Schupfer, *La famiglia presso i Longobardi*, Bologna 1868. — Schupfer, *Donazioni tra vivi nella storia del diritto italiano*, negli « Annali della giurisprudenza italiana », 1871. — Schupfer, *Launegildo e Garethinx, a proposito dell'opera del Pappehneim, Launegild und Garethinx*, nell' « Archivio giuridico », XXXI, 1885. — Siegel, *Die german. Verwandtschaftsberechnung mit besonderer Beziegung auf Erbenfolge*, Giessen 1835. — Siegel, *Das deutschen Erbrecht nach d. Rechtsquellen des Mittelalters in seinem inneren Zusammenhange dargestellt*, Heildelberg 1853. — Stobbe, *Ueber d. Eintreten der Erben in die obligatorischen Verhaltnisse des Erblassers nach deutschen Recht*. nei « Ihar. d. gemain, deutsch. Recht. », V. — Stobbe, *Ueber die Salmannen*, nella « Zeitschr. f. Rechtsgesch. », VII. — Tamassia, *Le alienazioni degli immobili e gli eredi*, 1885. — Thiercelin, *De la saisine héréditaire dans l'ancien droit*, nella « Revue critique de législation », 1872. — Thomassin, *Vetus et nova ecclesiae disciplina*. — Thudicum, *Das altdeutsche Staat*, Giessen 1863. — Turchiarulo. *Diritto di successione nella storia italiana*, tratto dal « Gans », Napoli 1853. — Val de Lievre, *Wadia und Launegild*, Innsbruch 1877 e nella « Z. f. R. G. », XVII, 1883. — Valroger, *De l'origine de la maxime: Le mort saisit le vif*, nella « Revue de droit français et étranger », XVII. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris 1886. — Wackernagel, *Familienrecht und Familienleben der Germanen*, Leipzig 1872. — Waitz, *Das alte Recht der salischen Franken*, Kiel 1846. — Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bonn 1857. — Warnkönig u. Stein, *Frank. Staats u. Rechtsgeschichte*, Basel 1875 — Wasserschleben, *Das Princip der Erbfolge nach den alteren deutsch. und verwandten Rechten*, Leipzig 1870. — Winhrot, *La responsabilité de l'héritier en ce qui concerne les obligations du défunt*, Upsal 1879. — Zachariä von Linghenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Berlin 1887. — Zimmerle, *Das deutsche Stammgutsystem nach seine Ursprunge und seinem Verlaufe*, Tübingen 1857.

## Sommario generale.

### Capitolo I — Diritto Romano-Greco.

#### § 1. — *Della Successione legittima.*



#### § 2. — *Della Successione testata.*



#### § 3. — *Dell'Acquisto dell'eredità.*



#### § 4. — *Dei Legati e dei Fedecommessi.*



#### § 5. — *Della Successione contrattuale.*



### Capitolo II. — Diritto Germanico.

#### § 1. — *Indole del diritto successorio presso i Germani.*



#### § 2. — *Il diritto successorio nelle legislazioni barbariche che più fedelmente ritrassero dal diritto romano.*



#### § 3. — *Il diritto successorio nelle altre legislazioni Germaniche. Della successione intestata.*

delle figlie. a) Secondo il diritto langobardo. — 62 b) Secondo il diritto dei Turingii. — 63. c) Secondo la legislazione franca. — 64. d) Secondo le legislazioni burgundica, sassone, bavara, alemanna, anglo-sassone, franca-camava. — 65. e) Secondo i diritti nordici. — 66. II. Ordine degli ascendenti, secondo le varie legislazioni germaniche. Se per diritto langobardo gli ascendenti avessero diritto successorio. — 67. III. Ordine dei collaterali nelle varie legislazioni germaniche. — 68. Successione dei figli naturali. — 69. Successione del coniuge superstite. — 70. Successione al patrimonio dei manomessi. — 71. Altre successioni straordinarie: a) a colui che entrava in monastero; b) ad un assente; c) ad uno straniero; d) all'uccisore del proprio autore. — 72. Diritto successorio del fisco. — 73. Apertura della successione. Teoria dei *commorientes*. — 74. Carattere della continuazione del possesso nell'erede. Se questi si trovava di diritto immesso nel possesso, o se acquistava un semplice diritto al possesso. — 75. Rapporti degli eredi con i creditori del defunto. Se l'erede fosse o pur no tenuto per diritto germanico *ultra vires* dell'eredità. Quanto disponevano al riguardo le legislazioni nordiche ed altre legislazioni germaniche. Quanto disponevano le legislazioni visigotica, burgundica, langobarda e ripuaria. *Quid* per la legislazione salica? Se i creditori potessero agire sugli immobili ereditarii, o semplicemente sui mobili. — 76. Della divisione dell'eredità. Norme che la regolavano nelle varie legislazioni. — 77. Della collazione e della imputazione.

§ 4. — *Della Successione contrattuale.*

78. Perchè nel diritto germanico della successione contrattuale debba discorrersi prima che della testamentaria. — 79. Origine della successione contrattuale nel diritto germanico. — 80. Limiti posti dalle varie legislazioni alla successione contrattuale in rapporto agli eredi. — 81. Forma della successione contrattuale. a) Nel diritto langobardo. — 82. b) Nel diritto franco salico. — 83. Effetti delle donazioni *mortis causa* del diritto germanico. — 84. Irrevocabilità delle medesime. Eccezioni. — 85. Trasformazioni subite da tali donazioni nella forma e nel carattere. — 86. Degli *erogatores*. — 87. Della riserva dovuta a certi eredi legittimi.

§ 5. — *Della Successione testamentaria.*

88. Introduzione del testamento nel diritto germanico: a) Nel diritto langobardo. — 89. b) Nel diritto franco ed in altre legislazioni. — 90. c) Nei diritti nordici. — 91. Forma del testamento.

CAPITOLO III. — DIRITTO FEUDALE.

§ 1. — *Del Diritto successorio secondo la legislazione feudale.*

92. Limiti della trattazione. — 93. Fondamento giuridico del diritto successorio feudale. — 94. Origine della successione nei feudi. — 95. Capacità di succedere nella legislazione feudale. — 96. Della rappresentanza. — 97. Ordini di succedere. I) Ordine dei discendenti. — 98. II) Ordine dei collaterali. — 99. Se e quali successioni straordinarie si riscontrino nel diritto feudale. — 100. Carattere della continuazione del possesso del defunto nell'erede. Acquisto dell'eredità feudale. — 101. Se e quando gli eredi feudali fossero tenuti al pagamento dei debiti del defunto. *Quid* per i frutti del feudo in caso di devoluzione. — 102. Della divisione dell'eredità feudale. Degli obblighi del primogenito verso i cadetti e degli eredi verso gli esclusi per incapacità.

§ 2. — *Della Successione dei dipendenti.*

103. Fondamento giuridico del diritto successorio dei dipendenti. — 104. Successione nei beni dei liberi proprietari sottoposti a servizio. — 105. Successione nei feudi dei ministeriali. — 106. Successione dei villani ed in generale degli appartenenti alle classi agricole.

CAPITOLO IV. — DIRITTO CANONICO.

107. Limiti della trattazione. — 108. Fondamento giuridico e carattere della successione nel diritto ecclesiastico. — 109. Successione legittima. — 110. Successione testata. — 111. Successione nel diritto di patronato.

CAPITOLO V. — DIRITTO CIVILE INTERMEDIO.

§ 1. — *Fondamento giuridico del diritto successorio nelle legislazioni precedenti alla Codificazione.*

112. Caratteri della legislazione dopo lo sfasciamento dell'Impero franco. — 113. Limiti dell'influenza del romano diritto sulle legislazioni italiane avanti alla Codificazione. — 114. Fondamento giuridico e note caratteristiche del diritto successorio nelle legislazioni italiane. — 115. Fondamento giuridico e note caratteristiche del diritto successorio nelle legislazioni di altri paesi europei. — 116. Carattere generale del diritto successorio nelle legislazioni italiane e nelle straniere.

§ 2. — *Della Successione legittima.*

117. Della incapacità di succedere. — 118. Della incapacità per indegnità. — 119. Del modo di determinare gli ordini successori e di computare i gradi. — 120. Della rappresentanza. — 121. Ordini successori. I. Ordine dei discendenti. Leggi che non ammettevano distinzioni di sesso in questo ordine. — 122. Leggi che distinguevano e regolavano diversamente la successione all'eredità paterna e quella all'eredità materna — 123. Leggi che distinguevano il patrimonio stabile dal mobiliare del defunto genitore, per regolarne diversamente la successione. — 124. Leggi che senza fare alcuna distinzione di eredità o di patrimonio preferivano i maschi alle donne. Varietà che si notano in tali leggi. Quali diritti erano concessi alle figlie escluse. — 125. Quando ed in che limiti le figlie, secondo le varie legislazioni, erano ammesse all'eredità dei genitori. — 126. Come regolavasi la successione di colui che aveva figli di più matrimoni. — 127. Trattamento che ricevevano i figli religiosi ed ecclesiastici secondo le diverse legislazioni. — 128. II. Ordine degli ascendenti. Trattamento che riceveva la madre nelle varie legislazioni. — 129. III. Ordine dei collaterali. Successione dei fratelli e delle sorelle da soli ed in concorso con i collaterali secondo le diverse legislazioni. — 130. Della successione degli altri collaterali. Della regola *paterna paternis, materna maternis* nella successione collaterale. — 131. Della successione dei figli naturali. — 132. Della successione ai figli naturali. — 133. Della successione del coniuge superstite. — 134. Delle successioni straordinarie. — 135. Della successione alle eredità vacanti.

§ 3. — *Della Successione testamentaria.*

136. Nozione del testamento nelle legislazioni intermedie. — 137. Della capacità di disporre per testamento. — 138. Della capacità di ricevere per testamento. — 139. Delle forme del testamento. — 140. Del testamento pubblico. — 141. Del testamento secreto. — 142. Del testamento olografo. — 143. Del testamento orale o nuncupativo. — 144. Dei testamenti privilegiati. — 145. Della volontà nei testamenti. — 146. Delle fiducie. — 147. Leggi per le quali l'istituzione di erede era necessaria. — 148. Leggi per le quali il testamento era valido anche senza l'istituzione di erede. — 149. Delle sostituzioni. — 150. Della nullità, della revoca e della rottura del testamento. — 151. Della presentazione e della conservazione dei testamenti. — 152. Della esecuzione dei testamenti e degli esecutori testamentarii. — 153. Della successione necessaria formale. Della preterizione e suoi effetti. — 154. Della legittima. a) Della riserva ai parenti successibili. — 155. b) Della legittima dovuta ai discendenti e della sua misura nelle varie legislazioni. — 156. c) Della legittima dovuta ai figli nella successione materna secondo alcune legislazioni. — 157. d) Della quota legittima nei testamenti *inter liberos*. — 158. e) Della quota legittima dovuta alle figlie. — 159.

## Capitolo I. — Diritto Romano-Greco.

### § 1. — *Della Successione legittima.*

1. In questo primo capitolo io non intendo discorrere largamente della successione secondo la legislazione bizantina, dopo Giustiniano, sia perchè, se il diritto bizantino ha avuto una certa influenza sullo sviluppo del diritto successorio in alcuni paesi dell'Italia, esso non ebbe tutta l'influenza che vi esercitarono da una parte il diritto romano giustinianeo, dall'altra il diritto germanico; sia perchè, quantunque il diritto giustinianeo abbia sofferto delle modificazioni di qualche rilievo per opera della legislazione posteriore bizantina, pure esso, per opera specialmente dei Basilici, fu richiamato quasi integralmente in vigore, ed il diritto posteriore ai Basilici ebbe poca e quasi nessuna influenza sulla formazione del nostro diritto intermedio.

Mi limiterò quindi, senza ripetere quanto sull'argomento da me impreso a trattare dispone il diritto romano giustinianeo, ad esporre brevemente quali trasformazioni i principii sanciti da questo diritto subirono, ed a richiamare l'attenzione dei lettori sopra alcuni istituti di diritto successorio, che potrebbero dirsi nuovi di fronte al diritto romano giustinianeo. Dal prosieguo poi di questo lavoro sarà facile ai lettori scorgere quanta influenza, ed in quali paesi, e su quali punti del diritto successorio intermedio in Italia si ebbe la legislazione bizantina.

2. Quanto al fondamento giuridico del diritto successorio, esso restò in sostanza quello che era per diritto romano giustinianeo; che se per qualche punto da questo si discostò l'*Ecloga*, mercè poi il *Prochiron*, l'*Epanagoge* ed i *Basilici*, si ritornò al diritto giustinianeo. Ma, come dicevo, anche per l'Ecloga, il fondamento giuridico del diritto successorio si discostò da quello che ne appare dai libri di Giustiniano solo per alcuni punti.

Invero, come prima, il diritto successorio seguitò a posare sui vincoli di sangue, e solo si ebbe qualche lieve differenza quanto al considerare la maggiore o minore strettezza di tali vincoli, e quindi qualche differenza, come or ora avrassi occasione di vedere, nella formazione degli ordini o classi successorie. Però da quelle compilazioni romano-greche, che si allontanarono dal diritto giustinianeo, a me pare si possa rilevare come si fosse dato al diritto successorio, come fondamento giuridico, accanto ai vincoli di sangue, una quasi comunione dei beni tra coloro che costituivano la famiglia e convivevano col capo di questa, in modo che tal diritto fosse negato a coloro che si fossero distaccati dalla famiglia per matrimonio o per altro. Insomma si ebbe una specie della forisfamiliatio del diritto germanico. Ed io credo che questo nuovo elemento introdottosi nel diritto successorio romano-greco, e che entrò nelle consuetudini delle popolazioni dell'Impero bizantino, siasi formato al contatto che queste ebbero con i popoli barbari, quantunque potrebbe anche dirsi che si fosse originato dalle tradizioni del diritto romano antigiustinianeo.

Ma quello che maggiormente è degno di nota si è la maggiore importanza che andò acquistando il diritto del fisco, il quale fu ammesso a concorrere con il coniuge superstite, e, quello che è più notevole, secondo ne apprende l'*Ecloga privata aucta* (1) aveva diritto alla metà del patrimonio ereditario, quando il testatore disponeva de' suoi beni a favore di un estraneo. Il Zachariä von Linghenthal (2) scorge anche questa tendenza dello Stato ad immischiarsi nelle eredità, nel fatto che i pubblici ufficiali, alla morte di un cittadino, solevano apporre i sigilli all'eredità di lui, forse, egli soggiunge in nota, per assicurare il diritto del fisco all'eredità vacante (3), uso tolto mercè una novella degli imperatori Giustino e Tiberio, del 574 (4). Però io credo che questo costume sia stato uno degli effetti del fiscalismo impe-

(1) *Ecloga priv. aucta*, VII, 2.

(2) Zachariä von Linghenthal, *Geschichte des Griechisch-römischen Rechts*, Berlin 1877, § 30.

(3) Zachariä von Linghenthl, op. cit., n. 343.

(4) *Coll.*, I, nov. 8.

riale romano, il quale proseguì, anzi venne inasprito nell'impero bizantino, e del quale si hanno non poche tracce e prove. Quel porre sotto sigilli qualsivoglia eredità, tendeva piuttosto ad assicurare il pagamento di certe imposte che colpivano la successione. Ed io credo pure che i maggiori diritti del fisco imperiale fossero anch'essi un portato del fiscalismo, e che quindi non in altro si debba ricercare l'origine di quella disposizione dell'*Ecloga privata aucta.*

Come in Occidente poi, così ancora e più in Oriente, la Chiesa ebbe la sua non piccola influenza sul diritto successorio. Ivi ottenne di trasformarne il carattere delle donazioni a causa di morte del diritto germanico prima, e poscia di far introdurre in questo il testamento a favore dell'anima ed una specie di successione necessaria anche a favore dell'anima del defunto. Quivi, dove le donazioni a causa di morte conservarono il carattere romano, ed il testamento era parte importantissima del diritto successorio, ottenne che si ammettesse legislativamente tra gli eredi la Chiesa a favore dell'anima del defunto, quando mancassero certi parenti, uniti a questo dai più stretti vincoli di sangue. Tale novità tolse nella successione intestata quell'importanza che i vincoli di sangue vi avevano avuto, importanza che si limitò ai vincoli più stretti.

**3.** Quanto alla capacità di succedere essa seguitò, e prima e dopo i Basilici, ad essere regolata secondo le norme del diritto romano giustinianeo e secondo questo si determinò tanto la incapacità propriamente detta, quanto la incapacità per indegnità; di tal che al dritto romano giustinianeo rimetto i lettori.

**4.** E lo stesso dicasi quanto alla rappresentanza: solo farò osservare che l'*Ecloga* non parla della rappresentanza in linea collaterale, e cioè non determina se i figli di fratelli succedessero in luogo del padre loro insieme con gli zii all'eredità dello zio defunto. Questo silenzio però non deve, a mio modo di vedere, essere interpretato nel senso che fosse esclusa la rappresentanza a favore dei figli di fratelli premorti, poichè una tale riforma al diritto anteriore avrebbe dovuto essere espressa. E d'altra parte l'*Ecloga privata aucta* chiama espressamente i nipoti di fratello o sorella premorto all'eredità del loro zio insieme agli altri fratelli di questo, e naturalmente per stirpi (1). Nè varrebbe il dire che l'*Ecloga privata aucta* ritrae più fedelmente, che non faccia l'*Ecloga*, dal diritto giustinianeo, per conchiudere che questa ultima non ammettesse la rappresentanza in linea collaterale, poichè nessuna ragione conforterebbe questa riforma, tanto meno il modo di determinare gli ordini successorii, come era per diritto germanico.

**5.** Quanto poi al modo di determinare gli ordini successori e di computare i gradi, non si può dire che si fosse introdotta una riforma al diritto romano giustinianeo, e se nell'*Ecloga* si osserva qualche variante, questa non dipese affatto dal diverso modo di determinare gli ordini successorii, ma, come vedrassi, da altre cause.

Per ciò che ha riguardo alla successione intestata, l'*Ecloga* si discosta alquanto dal diritto giustinianeo, il quale però fu richiamato fedelmente in vigore dal *Prochiron* (2), dall'*Epanagoge* (3), dai *Basilici* (4). Solo dopo, qualche riforma fu introdotta dalle novelle degli imperatori greci, ed è però che, nel discorrere dei varii ordini successorii, mi fermerò all'*Ecloga* ed a queste novelle.

I. Quanto all'ordine dei discendenti anche l'*Ecloga* non fa che ripetere quanto dispongono i libri giustinianei (5). È uopo però notare due particolarità. La prima che i figli i quali, ricevuto un assegno, uscivano dalla comunione di famiglia, e più particolarmente le figlie maritate e dotate, fossero esclusi dalla successione intestata dei genitori (6), uso questo confermato da fonti legislative posteriori. Questa particolarità vuol essere riferita alla comunione dei beni determinata dall'*Ecloga* stessa tra i coniugi e tra i figli, sicchè coloro che uscivano da questa comunione, perdevano ogni diritto all'eredità, e cioè alla comunione stessa (7). Anche da questa comunione coniugale e di famiglia si originò l'altra particolarità che riguardava il caso, in cui uno dei due genitori fosse morto, lasciando figli ed il coniuge superstite. In questo caso, se i figli erano minorenni, l'amministrazione e la cura di tutto il patrimonio spettava al coniuge superstite, cui erano affidate l'educazione ed il collocamento dei figli, i quali non potevano pretendere la loro quota, nella stessa guisa che il genitore superstite non poteva sciogliersi dalla comunione. Se poi i figli erano maggiorenni, e quando questi toccavano tutti la maggior età, il genitore superstite poteva o proseguire nella comunione, ovvero riprendere ciò che a lui particolarmente si apparteneva, e dividere il patrimonio comune con i figli. Che se il coniuge superstite passava a seconde nozze, ed i figli erano minorenni, allora, o era superstite il padre, ed egli conservava la tutela e l'amministrazione dei beni del coniuge predefunto; o era superstite la madre, e doveva ella far nominare un tutore ai figli. Che se poi questi erano maggiorenni, avevano facoltà o di proseguire nella comunione, ovvero richiedere dal genitore superstite, che passava a seconde nozze, i beni del genitore defunto (8).

È notevole ancora la disposizione per la quale passando il padre a seconde nozze, ed avendo figli del primo matrimonio, questi erano chiamati insieme a quelli del secondo matrimonio alla eredità della seconda moglie; il che pare non avvenisse quando era la madre che passava a seconde nozze, avendo figli del primo matrimonio, poichè alla successione del secondo marito erano chiamati i soli figli del secondo letto (9). Ciò si spiega, come ben dice il Zachariä von Lingheuthal, dal perchè il padre, passando a seconde nozze, conservava l'amministrazione e l'usufrutto dei beni dei figli del primo matrimonio fino alla loro maggiorità, la madre invece doveva far nominare loro un tutore (10).

**6.** II. In mancanza di figli venivano chiamati i genitori, senza alcuna differenza di sesso, ed è notevole che con essi non erano ammessi a concorrere i fratelli e le sorelle del defunto (11). Questo era un effetto del sistema di comunione di beni, che si determinava col matrimonio e colla nascita dei figli. D'altra parte l'*Ecloga* fa ai genitori lo stesso trattamento che ai figli: come questi soli erano chiamati ad ereditare dai genitori, così solamente i genitori venivano chiamati all'eredità dei figli. È il principio del grado applicato rigorosamente.

Mancando i genitori, venivano chiamati gli altri ascen-

(1) *Ecloga privata aucta*, VII, c. 3.
(2) *Prochiron*, XXX, 2-10, 19.
(3) *Epanagoge*, XXXIII.
(4) *Basilici*, lib. XLV.
(5) *Ecloga*, V, 1.
(6) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., §§ 29, 50.
(7) *Coll.*, IV, nov. 50.
(8) *Ecloga*, II, 5-7, 10, 11.
(9) *Ecloga*, II, 10.
(10) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., § 11, nota 99.
(11) *Ecloga*, VI, 1.

denti, in modo però che il più prossimo di grado fosse anche il primo chiamato; ma con essi concorrevano ancora i fratelli e le sorelle al defunto congiunti da ambo i lati (1).

7. III. Nell'ordine dei collaterali venivano chiamati prima i fratelli e le sorelle congiunti da amendue i lati al defunto, e, come si è detto, in concorso con gli ascendenti se ve n'erano. Dopo venivano i fratelli e le sorelle congiunti da un sol lato, i quali erano esclusi anche dagli ascendenti e senza che si facesse distinzione, come era anche per diritto giustinianeo, tra consanguinei ed uterini (2). Naturalmente se concorrevano con i fratelli e le sorelle i nipoti di un fratello o sorella predefunta, questi succedevano per stirpi e non per capi (3).

Mancando fratelli e sorelle, venivano chiamati alla successione gli altri collaterali, in modo che il più prossimo di grado escludesse il più remoto, e che nello stesso grado succedessero per capi (4).

8. Mancando parenti successibili, era chiamato il coniuge superstite, il quale aveva anche e sempre certi diritti a lucri dotali (5); ma al coniuge superstite era assegnata solamente la metà del patrimonio ereditario dell'altro coniuge, andando l'altra metà a vantaggio del fisco. L'*Ecloga* parla solamente del diritto di successione della vedova, facendo il caso che fosse premorto il marito, ma non fa il caso contrario (6). Però questo caso è fatto dall'*Ecloga privata aucta* e dall'*Ecloga ad Prochiron mutata* (7).

È notevole ancora quanto dispone l'*Ecloga privata aucta*, e cioè che, premorendo uno dei coniugi senza lasciar figli del matrimonio, il coniuge superstite che non passi a seconde nozze, abbia diritto alla metà dell'eredità del coniuge defunto, sicchè i parenti non potessero pretendere che l'altra metà (8).

9. Mancando finalmente ogni parente ed il coniuge superstite, l'eredità era devoluta al fisco (9). E qui è notevole una Novella di Alessio Comneno, con la quale si accordava, a titolo di compenso, il decimo di una eredità vacante a colui che ne denunciava al fisco l'esistenza (10).

Però, come si é visto, il fisco concorreva anche con il coniuge superstite nell'eredità dell'altro coniuge, ed aveva un diritto poziore a quello degli altri parenti, che non fossero stati discendenti od ascendenti nella eredità di coloro che morivano prigionieri di guerra. Una novella di Leone il Savio invero dispose che, morendo uno durante la prigionia di guerra, senza testamento e senza lasciare discendenti ed ascendenti, la sua eredità fosse interamente devoluta al fisco (11), disposizione questa che trovava un fondamento giuridico nella condizione di colui che moriva prigioniero di guerra, ma che pure è una delle prove del fiscalismo imperiale.

10. L'influenza acquistata in Oriente come in Occidente dalla Chiesa da una parte, e dall'altra l'uso invalso di fare largizioni e lasciti in beneficio dell'anima, fece sì che, come in Occidente, ed avremo occasione di vederlo in prosieguo, così ancora in Oriente una parte della sostanza del defunto venisse assegnata alla chiesa, ed erogata in beneficio dell'anima di lui.

Originariamente dovette avvenire che gli eredi volontariamente, e per dovere religioso verso il defunto, solessero erogare qualche cosa dell'eredità loro pervenuta a favore dell'anima di lui; ma questo dovere, a poco a poco, e pel favore di cui gl'imperatori circondavano la Chiesa, addivenne un diritto della Chiesa, cui era affidata la cura delle anime.

Come suole avvenire in simili casi, lo Stato impose prima a se stesso questa specie di limitazione a favore della Chiesa, per poi imporla agli eredi. E per vero la prima disposizione che consacra questa specie di diritto della Chiesa in beneficio dell'anima del defunto, è una novella di Leone il Savio, il quale, disponendo che l'eredità di un prigioniero di guerra, morto senza discendenti ed ascendenti e senza aver fatto testamento, fosse devoluta al fisco, soggiunge che una terza parte dell'eredità medesima devoluta al fisco dovesse erogarsi in beneficio dell'anima del defunto (εἰς τὴν ὑπὲρ ψυχῆς διακονίαν) (12).

Costantino Porfirogenito poi allargò questa disposizione non soltanto a tutti gli altri casi di devoluzione al fisco, ma ancora a tutti i casi, in cui per mancanza di figli, l'eredità venisse devoluta agli altri parenti. Una sua novella invero dispose, che, morendo uno senza figli, e senza aver fatto testamento, la sua eredità si dovesse dividere in tre parti, di cui due si lucrassero dai parenti, ed in mancanza, dal fisco, la terza si erogasse in beneficio dell'anima del defunto (τῷ θεῷ ὑπὲρ τῆς τοῦ τελευτῶντος ψυχῆς) (13).

La consuetudine però mitigò, pur accettandola, simile disposizione legislativa, in quanto l'erogazione del terzo dell'eredità in beneficio dell'anima del defunto aveva luogo non quando, mancando figli, succedesse ogni altro parente, anche quindi gli ascendenti, ma solo quando l'eredità fosse devoluta ai parenti collaterali. Che tale fosse la consuetudine è provato non solo da alcune collezioni (14), ma anche dagli scrittori (15). Questa consuetudine poi fu accolta ancora in quelle parti d'Italia che furono soggette all'impero bizantino, e sancita dai legislatori degli Stati, che sorsero in quelle contrade, come sarà veduto in prosieguo. Ma, poichè tale consuetudine era dovuta all'influenza della Chiesa, influenza che questa esercitò egualmente in Occidente, essa venne sancita anche dalle leggi dell'Occidente, il che ancora avrassi occasione di vedere nel prosieguo di questo lavoro.

### § 2. — *Della Successione testata.*

11. Fu nella successione testata, e più propriamente nel concetto del testamento che il diritto bizantino si allontanò maggiormente dal diritto giustinianeo. Invero, per questo il testamento è un atto di ultima volontà con il quale il testatore nomina uno che deve rappresentarlo dopo la sua morte, donde la condizione essenziale per l'esistenza del testamento: la nomina cioè del-

(1) *Ecloga*, VI, 2.
(2) *Ecloga*, VI, 3, 4.
(3) *Ecloga privata aucta*, VII, 1.
(4) *Ecloga*, VI, 4.
(5) *Ecloga*, II, 4, 10; *Epanag.*, XIX, 5, 7, 8.
(6) *Ecloga*, VI, 5.
(7) *Ecloga privata aucta*, VII, 1; *Ecloga ad Prochir. mutata*, VIII, 6.
(8) *Ecloga privata aucta*, II, 8.
(9) *Ecloga*, VI, 6.
(10) *Coll.*, IV, Nov. 20, c. 2.
(11) *Coll.*, II, Nov. 40.
(12) *Coll.*, II, Nov. 40.
(13) *Coll.*, III, Nov. 12.
(14) Πεῖρα, XIV, 6; XLVIII, 1, 11; LIV, 10; *Harmenopulus*, I, 18, 22; V, 8, 78.
(15) *Practica ex actis Eustachii Romani*, cit. dal Filomusi Guelfi, *Delle disposizioni per l'anima* nella « Rivista italiana per le scienze giuridiche », I, p. 54, n 2.

l'erede. Nel diritto bizantino, in principio, si accolse il concetto che del testamento davano i libri di Giustiniano, poi il concetto stesso si trasformò e la istituzione di erede non fu più necessaria per la validità del testamento (1): di talchè uno poteva benissimo morire parte testato, parte intestato. Nel diritto bizantino posteriore adunque scomparve la originaria differenza del testamento e del codicillo, ed il testamento prese l'aspetto del codicillo romano.

Questa trasformazione nel concetto del testamento nel posteriore diritto bizantino vuol essere attribuita quasi alle medesime cause, che produssero la stessa trasformazione nel diritto germanico, e poscia nel diritto intermedio nostro, come avrassi occasione di vedere. Da una parte la Chiesa, come aveva influito a far accogliere il testamento nel diritto germanico, non però quale disposizione generale, ma quale un modo di disporre anche di parte dei proprii beni per dopo la morte, così influì in Oriente a togliere al testamento la grande solennità che gli veniva dal diritto romano, dando al codicillo, che in questo diritto era, potremmo dire, una forma secondaria e quasi eccezionale, l'importanza di forma generale, e che costituisse la regola. Dall'altra introdottosi, anche per certo sotto l'influenza della Chiesa, l'istituto degli esecutori testamentari, in Oriente ancora la causa determinante della necessità d'istituire l'erede andò a scomparire. Invero nel diritto romano, mancando l'istituto degli esecutori testamentari così come ci si presenta in prosieguo, la nomina dell'erede era necessaria, perchè vi fosse uno che rappresentasse il testatore dopo la costui morte, ed il quale ne eseguisse gli ultimi voleri; ond'è che uno dei doveri precipui dell'erede era quello di eseguire le disposizioni del suo autore, al che egli poteva essere astretto da coloro che vi avevano interesse. Sorto l'istituto degli esecutori testamentari, il testatore trovò in esso il modo di poter vedere più sicuramente eseguite le sue ultime disposizioni, e non vi fu più il bisogno di un erede che rappresentasse il defunto e ne eseguisse la volontà.

Si può quindi dire che, pel diritto posteriore bizantino, il testamento era un atto di ultima volontà, con il quale uno disponeva per dopo la sua morte di tutto o parte del suo patrimonio. Perchè adunque un testamento fosse valido si richiedeva: *a*) che il testatore avesse la capacità di disporre per testamento; *b*) che disponesse a favore di persone capaci di ricevere per testamento; *c*) che si fossero osservate le solennità richieste per la validità di un testamento.

**12.** Quanto alla capacità di disporre per testamento si accolsero le norme del diritto romano giustinianeo, ma si introdussero delle riforme, specialmente per accordare la capacità a persone che per diritto giustinianeo ne mancavano, come gli ὑπεξούσιοι, i prodighi ed i prigionieri di guerra. I primi potevano testare ed acquistarono questa facoltà per l'uso, come provano le compilazioni (2); secondo l'*Epanagoge* poi essi potevano testare col consenso del padre, ed il testamento produceva ogni effetto giuridico, se il padre fino alla morte del figlio non ritirava il consenso dato (3).

I secondi potevano testare, quando, essendo prossimi a morire, volevano disporre di parte del loro patrimonio a favore dell'anima (4). Una novella di Leone il Savio poi dispose che fosse valido il testamento di un prodigo, che contenesse disposizioni in favore dei suoi o dei poveri, od ordinasse la manomissione di schiavi (5).

I prigionieri di guerra infine non solo potevano fare testamento, ma non erano obbligati a seguire le solennità tutte richieste (6).

Quanto poi alla capacità di ricevere per testamento furono conservate le norme del diritto giustinianeo.

**13.** Le forme del testamento, salvo alcune modificazioni che andrò brevemente notando, restarono quelle del diritto romano giustinianeo. Si ebbero quindi il testamento privato orale o scritto, il testamento pubblico, i testamenti straordinarii.

Quanto al testamento privato, pel quale naturalmente era richiesta unità di tempo e di luogo (7) non fu più necessariamente richiesto il numero di sette testimoni, ma, a rendere valido l'atto, bastava l'intervento di cinque solamente, come può rilevarsi dalle collezioni (8). Solo l'*Ecloga* dichiara sufficiente il numero di cinque testimoni, quando non fosse stato possibile trovarne sette (9). Se il testamento era redatto in forma scritta, i testimoni dovevano apporre la loro firma ed il loro segno (10), come doveva apporlo il testatore il quale, non sapendo scrivere, poteva far sottoscrivere l'atto in sua vece da un altro testimone (11). Ma la mancanza della sottoscrizione e dell'apposizione dei sigilli da parte dei testimoni non menava, come per diritto giustinianeo, alla nullità del testamento necessariamente, perchè, in forza di una novella di Leone il Savio, se i testimoni assicuravano che l'atto fosse veramente il testamento fatto dal defunto alla loro presenza, esso era valido ed aveva piena esecuzione (12).

Per diritto giustinianeo, fino a quando non venne pubblicata la novella 119, il testatore, in un testamento scritto, doveva scrivere di suo pugno almeno il nome dell'erede, mentre la novella 119, c. 9 permise che tutto il testamento, anche il nome dell'erede, fosse scritto da un terzo. L'*Ecloga* pare si attenga al disposto della novella 119, c. 9, e permette quindi che anche il nome dell'erede sia scritto da un terzo (χειρόγραφος) (13). Il *Prochiron* invece seguito da qualche compilazione posteriore riproduce piuttosto la disposizione della Legge 29, Cod. Iust. *de testamentis* (14).

**14.** Per ciò che riguarda le due forme del testamento pubblico, *testamentum iudiciale* e *testamentum principi oblatum*, il passo relativo del Codice giustinianeo (L. 19, C. 6, 23) fu tradotto nei *Basilici*, ma, essendosi perduto il testo di questi al riguardo, non si può dire con certezza se fu mantenuta la prima delle suddette forme, e cioè il testamento giudiziale, del quale non si fa parola in alcuna delle collezioni e compilazioni dall'*Ecloga* ad *Harmenopulus*. Si è creduto trovare una prova dell'uso del testamento giudiziale in una novella

(1) Πεῖρα, XIV, 10; XXXVIII, 14.
(2) Cf. *Ecloga*, XVI, 5; *Basil.*, XXXV, 1, 7, schol.; Πεῖρα, I, 7; *Harmen.*, V, 2, 7; *Ecloga privata aucta*, tit. VI, in fine.
(3) *Epanag.*, XXX, 1.
(4) *Epanag.*, XXX, 5; *Harmen.*, V, 1, 15, schol.
(5) *Coll.*, II, Nov., 39.
(6) *Coll.*, II, Nov. 40.
(7) *Ecloga*, V. 2; *Prochiron*, XXI, 4; *Epanagoge*, XXIX, 4; *Harmenopulus*, V, 1, 4; Πεῖρα, XIV, 24; cf. *Basilici*, XXXV, 2, 7.
(8) *Prochiron*, XVI, 15; *Epanagoge*, XXIX, 8, 16; *Basilici*, XXXV, 1, 21, 2, 22; *Harmenopulus*, V, 1, 35; *Coll.* II, Nov. 41.
(9) *Ecloga*, V, 4.
(10) *Ecloga*, V, 2; *Prochiron*, XXI, 4; *Epanagoge*, XXIX, 4; *Basilici*, XXXV, 1; *Harmenopulus*, V, 1, 4.
(11) *Ecloga*, V, 2; *Coll.*, I, Nov. 27, 4.
(12) *Coll.*, II, Nov. 42; *Harmenopulus*, V, 1, 6.
(13) *Ecloga*, V, 2.
(14) *Prochiron*, XXV, 3; *Harmenopulus*, V, 1, 4.

di Leone (1), ma, come ben dice il Zachariä von Linghenthal, è dubbio se questa novella tratti di quella specie di testamento, o non piuttosto dell'apertura del testamento (2).

**15.** Per i testamenti privilegiati si riprodussero, salvo alcune modifiche, le disposizioni del diritto romano giustinianeo, che anzi di alcuni di essi alcune delle compilazioni non si occupano.

Così del testamento dei militari trattano solamente i *Basilici*, riproducendo il diritto giustinianeo (3). L'*Ecloga* (4), seguita in ciò dal *Prochiron* (5), dai *Basilici* (6) e dall'*Harmenopulus* (7) si occupa del testamento di coloro che, pur non essendo soldati, erano feriti in guerra, e di coloro che venivano colti da morte, mentre trovavansi in viaggio, disponendo che gli uni e gli altri potessero dettare le loro ultime disposizioni innanzi a due o tre testimoni fededegni. Come vedrassi in prosieguo, questa forma speciale di testamento fu riprodotta da qualche legge dell'Occidente.

Per la validità del testamento *ruri conditum*, una volta che per il testamento ordinario erano sufficienti cinque testi, non fu più richiesto il numero di cinque come per diritto giustinianeo, sibbene quello di tre testimoni (8). I Basilici non riproducono questa riforma, limitandosi a trascrivere la legge 31 Cod. Iust. *de testamentis*, donde la necessità di una Novella di Leone, la quale dichiarasse sufficienti per i testamenti fatti in campagna ed in viaggio solo tre testimoni (9). Infine per i testamenti dei ciechi e degli illetterati si riprodussero le disposizioni del diritto romano giustinianeo (10).

**16.** Il diritto bizantino quanto al contenuto del testamento, ritrasse dal diritto giustinianeo, salvo alcune modifiche, la principale delle quali si è già rilevata innanzi, e cioè la possibilità di un testamento valido senza la istituzione di erede. Questo nuovo concetto del testamento nel diritto bizantino ha la sua grande importanza, e mostra il legame che era tra il diritto in Occidente ed il diritto in Oriente, legame che può dirsi venisse rappresentato, quasi un anello, dalla Chiesa, alla cui influenza, a mio modo di vedere, va dovuta la trasformazione nel concetto del testamento nel posteriore diritto bizantino, il quale ne dà esempii di testamenti senza istituzione di eredi (11). Il testamento poi poteva contenere sostituzioni pupillari, quasi pupillari, fedecommissarie e legati, e per questi istituti, come per le norme che regolavano la manifestazione della volontà del testatore si accolse il diritto romano giustinianeo.

**17.** Quando un testamento non era nullo, e si erano osservate tutte le formalità volute, non era stato revocato o non era stato rotto, allora doveva essere eseguito pienamente. Ma avanti ogni altra cosa esso doveva essere presentato ed aperto innanzi al magistrato, a Costantinopoli prima innanzi al *Magister census* (12), poi anche innanzi al questore (13) e finalmente innanzi a qualunque altro magistrato; in Provincia innanzi ai magistrati locali (14). Che se il testamento era orale, se ne doveva accertare il contenuto anche innanzi al magistrato (15). Quanto poi al modo di provare la verità del testamento, si trovano nelle collezioni bizantine qua e là delle disposizioni e norme per lo più insufficienti (16).

**18.** Il testamento doveva essere eseguito dagli eredi, ma poteva benissimo il testatore nominare uno o più esecutori testamentarii ἐπίτροποι (17). Il concetto di questi esecutori testamentarii però non fu più quello limitato del diritto romano giustinianeo, in quanto che agli esecutori poteva venir affidata la distribuzione di tutta l'eredità (18). Ed anche qui vuolsi scorgere l'influenza della Chiesa sull'ulteriore sviluppo del diritto bizantino, poichè alla Chiesa principalmente interessava che le disposizioni a favore di lei venissero fedelmente eseguite e da persone estranee all'eredità e non interessate quindi nella medesima. Sicchè può quasi dirsi che l'istituto degli esecutori testamentarii quantunque fosse nel suo sviluppo, per alcuni punti, proceduto diversamente in Occidente ed in Oriente, si andò sviluppando sotto le medesime influenze nel diritto dell'Occidente, come nel diritto bizantino.

Gli esecutori potevano essere tanto laici che ecclesiastici, come provano le fonti (19), e loro poteva essere affidata la distribuzione di parte o di tutto il patrimonio ereditario (20), di cui dovevano fare inventario coll'intervento degli eredi, dei legatarii e di tutti gli altri interessati (21). Agli esecutori era affidata l'amministrazione dell'eredità, ed essi quindi potevano riscuotere crediti e fare ogni altra cosa nell'interesse dell'eredità; stare in giudizio, sia come attori sia come convenuti, e finalmente in un dato tempo dovevano espletare il loro mandato (22). Se un esecutore era infedele, lo si rimoveva, e l'imperatore nominava un altro, coll'incarico di eseguire la volontà del defunto (23). Che se l'esecutore moriva, prima di aver espletato l'esecuzione del testamento, questa veniva compiuta o dagli altri esecutori o dagli eredi di lui, o dalla persona da lui designata (24).

**19.** La successione necessaria la quale venne modificata dalla novella 115 di Giustiniano, ma non così chiaramente da non dare luogo tra gli interpetri a gravi controversie, circa il rapporto di questa novella con il diritto anteriore, offre ancora molti dubbii e molte incertezze nel diritto romano-greco.

Questi dubbii e queste difficoltà non sono offerti tanto dall'*Ecloga*, dal *Prochiron* e dall'*Epanagoge*, ma principalmente dai *Basilici*.

L'*Ecloga*, quantunque intorno all'argomento sia monca, pure mostra evidentemente come i suoi autori abbiano voluto liberarsi dal formalismo dell'antico diritto romano, e determinare quanto solamente era necessario

(1) *Coll.*, II, Nov. 44.
(2) Op. cit., § 36.
(3) *Basilici*, XXXV, 21.
(4) *Ecloga*, V, 8.
(5) *Prochiron*, XXI, 6.
(6) *Basilici*, XXXV, 3, 13.
(7) *Harmenopulus*, V, I, 36.
(8) *Ecloga*, V, 4; *Epanag.*, XXIX, 16; *Coll.*, I, Nov. 27.
(9) *Coll.*, II, Nov. 41.
(10) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., § 35, nota 11.
(11) Πεῖρα, XXV, 10; XXXVIII, 14.
(12) L. 40, Cod. *de episc.*; L. 18, 23, Cod. *de testam.*
(13) *Novella Iust.*, 80, c. 7.
(14) *Coll.*, II, Nov. 44.
(15) *Coll.*, II, Nov. 42.
(16) Cf. *Basil.*, XXXV, 6; *Epitom. ad Prochir. mut.*, XXII; *Coll.*, I, Nov. 27; *Coll.*, II, Nov. 82; *Coll.*, III, Nov. 7; *Harmenop.*, V, 1, 7; Πεῖρα, XIV, 3, 5, 7, 11, 15, 21.
(17) Πεῖρα, XVI, 5.
(18) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., § 40.
(19) *Epanagoge*, IX schol. *a*; *Epanag. aucta*, VII, 13; *Coll.*, II, Nov. 68.
(20) Πεῖρα, XIV, 1, 4; XVI, 9.
(21) *Harmenop.*, V, 12, 21.
(22) Πεῖρα, XVI, 12; *Harmenop.*, V, 12, 23; *Coll.*, IV, Nov. 66.
(23) *Coll.*, IV, Nov. 66.
(24) Πεῖρα, XVI, 5.

a tutelare, nell'interesse della moralità della famiglia, e per riguardo al fondamento del diritto successorio, i diritti di alcuni parenti stretti al testatore da più intimi vincoli di sangue.

Può dirsi quindi l'*Ecloga* non conosca la successione necessaria formale del romano diritto: essa non impone che certe persone dovessero necessariamente essere istituite in una data forma, o diseredate regolarmente e per date cause; nè, per quanto ne è dato rilevare dalle monche disposizioni al riguardo, in caso di ingiustificata preterizione, proclama la nullità assoluta del testamento, in modo che il preterito potesse chiedere la eredità, come-se questa fosse stata devoluta per successione intestata (*quaerela nullitatis bonorum possessio contra tabulas*). L'*Ecloga* perciò non determina i casi, nei quali il genitore potesse legalmente diseredare i suoi figli, ma determina i casi nei quali i figli dovevano essere esclusi dalla successione intestata (1), e lascia ai magistrati il vedere se un figlio preterito fosse o pur no reo di una di tali colpe verso il genitore testante (2). Secondo il sistema dell'*Ecloga*, quando il figlio preterito era un postumo, allora, se v'erano altri figli istituiti, il postumo concorreva con gli stessi egualmente, sicchè il testamento serbava pieno vigore nel resto. Che se non v'erano altri figli e l'istituito era un estraneo, allora, quantunque ciò non sia detto espressamente, il postumo rompeva il testamento, ma solo per la parte che riguardava l'istituzione, restando in vita pel resto (3).

Quando poi il preterito non era un postumo, spettava al magistrato indagare se avesse commesso verso il genitore una delle colpe previste, ed il testamento restava valido in caso affermativo; in caso negativo, quantunque questa ipotesi non sia preveduta, il preterito aveva una quota eguale agli altri fratelli istituiti, o, se l'istituito era estraneo, subentrava a costui, restando il testamento in vigore per tutt'altro che non fosse l'istituzione (4).

L'*Ecloga* determina la quota di legittima, dovuta ai figli, nel terzo dell'eredità se quattro o meno, nella metà se più di quattro. Però non dispone alcuna cosa pel caso che il figlio fosse stato sì istituito, ma in una quota inferiore alla legittima, quantunque sia da ritenersi avesse il figlio in tale ipotesi azione pel completamento della legittima (5).

L'*Ecloga* assegna pure una quota di legittima ai genitori, ma, mentre di questa quota si occupa solo a proposito dei testamenti degli ὑπεξούσιοι, sicché può dubitarsi se la disposizione riguarda ogni altra ipotesi, non prevede il caso della preterizione del genitore stesso. Infine l'*Ecloga* non si occupa della quota di riserva dovuta ai fratelli ed alle sorelle (6).

Il *Prochiron* (7) e l'*Epanagoge* (8), mentre respingono il più semplice sistema dell'*Ecloga*, il quale nel secolo IX, pel ritorno al diritto romano giustinianeo, andò in disuso, non danno un sistema proprio. In quelle due compilazioni si trovano tante contraddizioni, tanti errori, che si può con certezza affermare come i compilatori non avessero affatto una chiara idea del sistema della successione necessaria del diritto romano, nè delle riforme introdottevi da Giustiniano con la novella 115. Che anzi pare che quei compilatori, mentre tennero presente e la novella 115, senza comprenderne bene il significato, e la Novella 18, pel resto s'ispirassero a qualche compendio d'Istituzioni, compilato non sul solo diritto giustinianeo, ma ancora sul diritto pregiustinianeo, poichè solo così possono spiegarsi le contraddizioni con le stesse Istituzioni e col Codice di Giustiniano (9). Io quindi non mi fermerò al contenuto di queste due compilazioni, nè posso, avuto riguardo all'indole del lavoro, andar rintracciando e notando quegli errori e quelle contraddizioni.

I compilatori dei *Basilici* mirarono, come è generalmente risaputo, a richiamare in vigore il diritto romano giustinianeo, ed attinsero quindi alle compilazioni ed alle Novelle di Giustiniano. Quanto alla successione necessaria riprodussero nel libro XXXV, tit. 8, i titoli del Digesto e del Codice che si occupano della successione necessaria secondo il diritto civile romano, nello stesso tempo che formarono un titolo, il primo del libro XXXIX, intorno alla *querela inofficiosi*, ed un altro, il terzo del libro XL, intorno alla *contra tabulas bonorum possessio:* essi inoltre riprodussero la disposizione della Novella 115 di Giustiniano. Sicchè resta per i *Basilici* la medesima quistione che si è dibattuta tra gli interpreti del diritto romano giustinianeo: con questa differenza che, quanto a quest'ultimo, la questione si determina nel vedere se la Novella 115 modifichi in tutto o solo in parte il sistema di successione necessaria del diritto precedente; mentre quanto ai *Basilici* la quistione si determina nel vedere se i titoli del Digesto e del Codice, che han riguardo alla successione necessaria secondo il diritto precedente alla Novella 115, sieno stati trasportati nei *Basilici* perchè avessero vigore pratico, o solamente come diritto storico, e quasi per spiegare le riforme apportate da Giustiniano ed accolte dai *Basilici*. Ora la quistione posta in questi termini, offre sempre gravi difficoltà alla soluzione, come li offre quella riguardante la forza della Novella 115 in rapporto al diritto anteriore, e come questa non può per certo dirsi risoluta, così non potrà mai dirsi risoluta quella. Veramente la quistione, per ciò che riguarda i Basilici, non è stata esaminata dai giureconsulti di proposito, ma solo in occasione di quella intorno alla forza modificatrice della Novella 115: essa però è stata posta dagli Scoliasti, i quali, proponendosi il dubbio se i titoli dei *Basilici* riguardanti la successione necessaria formale fossero semplici παράτιτλα, fossero cioè solamente materiale storico, l'hanno sempre risoluto nel senso che per i *Basilici* la successione necessaria sia semplicemente materiale, quella cioè in fondo della Novella 115 (10). E con altre parole gli Scoliasti han sostenuto che il sistema emergente dai *Basilici* fosse il cosidetto sistema di derogazione. È degno di nota poi che quelli tra gli interpreti del diritto romano i quali han sostenuto il cosidetto sistema di derogazione, in forza della Novella 115, si sieno appoggiati ai *Basilici*, il cui sistema pare sia proprio quello di derogazione (11).

Lo Zachariä von Linghenthal (12), nella sua stupenda « Storia del diritto romano-greco », si fa a sostenere che i *Basilici*, accogliendo la successione necessaria della Novella 115 di Giustiniano, l'abbiano accolta

(1) *Ecloga*, VI, 13.
(2) *Ecloga*, VI, 6.
(3) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., p. 147.
(4) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. e loc. citato.
(5) *Ecloga*, V, 5, 7; XVI, 1, 4.
(6) Cf. *Ecloga privata aucta*, V, 5.
(7) *Prochiron*, XXV, XXXII, 1; XXXIII, 1, 29, 30, 32.
(8) *Epanagoge*, XXX, XXXIV, 1, 4 e seg.
(9) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., p. 150.
(10) Cf. *Basil.* (ed. *Heimb.*), IV, p. 43, 49 (Enantiophanes), pag. 60, 63, schol. 2 (Anonymus).
(11) Cf. Windscheid, *Pandecten*, § 592.
(12) Op. cit., § 44.

come quella che derogava a tutto il diritto anteriore a questa Novella. Egli afferma che i titoli dei *Basilici*, riguardanti la *bonorum possessio contra tabulas* e la successione necessaria formale sieno semplicemente stati redatti come diritto storico, e ciò egli desume principalmente dal fatto che molte leggi del Digesto e del Codice riguardanti i due istituti, e le quali sarebbero state necessarie per l'applicazione degli istituti relativi, sieno state tralasciate dai compilatori dei *Basilici*. Questo fatto proverebbe l'intenzione dei compilatori di limitarsi a dare un concetto dell'antica successione necessaria formale secondo il diritto civile ed il diritto pretorio, senza che l'esistenza nei *Basilici* di quei titoli potessero far credere che essi trovassero applicazione come parte del diritto vigente e compreso nella compilazione. Ciò posto, egli sostiene che pel diritto dei *Basilici* non trovassero più luogo e la *querela nullitatis ex iure antiquo* per i *sui* preteriti o non ritualmente diseredati, e la *bonorum possessio contra tabulas* per i *liberi* preteriti o malamente diseredati, e che un unico mezzo si avesse contro un testamento col quale si fossero violate le norme determinate dalla Novella 115 accolta dai *Basilici*. Facendosi ad esaminare quale per i *Basilici* fosse questo mezzo arriva alla conclusione che consistesse nella *querela inofficiosi testamenti*, e vi arriva considerando che, mentre nei *Basilici* non si trova alcuno accenno ad una *querela nullitatis ex iure novo*, essi al titolo primo del lib. XXXIX, danno per rubrica, non come fanno il Digesto ed il Codice, *de inofficioso testamento* ma sibbene *de inofficiosi querela* (περὶ μέμψεως διαθήκης). E per di più, mentre tralasciano molte leggi dei titoli corrispondenti del Digesto e del Codice, le quali non avrebbero potuto, dato il sistema accolto dai *Basilici*, trovare pratica attuazione, sotto il titolo περὶ μέμψεως διαθήκης comprendono alcuni frammenti del titolo del Digesto *de bonorum possessione contra tabulas*, i quali potevano stare con il nuovo mezzo ammesso dai Basilici. Questa *querela inofficiosi* era l'antica, ma modificata secondo le riforme della Nov. 115 di Giustiniano, sicchè per essa valevano le regole antiche, le quali non fossero però in contraddizione con la detta Novella.

Lo Zachariä von Linghenthal, come vedesi, appartiene alla scuola di coloro i quali sono di opinione che la Novella 115 di Giustiniano abbia in tutto derogato al diritto preesistente, ed è però che egli è tratto a sostenere che i *Basilici* contengano quanto al diritto anteriore alla Novella 115 una completa derogazione. Senza entrare nell'esame della quistione intorno alla forza derogativa della Novella 115, io credo che i *Basilici*, tra per la pratica originatasi dall'*Ecloga*, tra per la predominante opinione presso i giureconsulti bizantini, abbiano in verità accettato il sistema della Novella 115 ritenendolo come derogante a tutto il sistema precedente. È vero che l'esistenza dei titoli riguardanti la successione necessaria formale nei *Basilici* lascia sempre dei dubbi, tanto che i sostenitori delle opinioni contrarie a quella che sostiene il sistema di derogazione, abbiano potuto affermare che non nei *Basilici*, ma negli Scoliasti si trovi il sistema di derogazione (1); ma la mancanza e la studiata omissione di quei passi del Digesto e del Codice giustinianeo, che danno i punti caratteristici della successione necessaria formale, e senza i quali questa apparisce incompleta, sono un argomento fortissimo, e del quale maestrevolmente il Zachariä si è avvalso, per sostenere la sua opinione. Io l'accetto senz'altro, perchè gli argomenti di coloro che sostengono non aver la Novella 115 derogato in tutto al diritto anteriore, e che si traggono da alcune costituzioni del Codice giustinianeo, non hanno valore per i *Basilici*, come quello tratto dalla L. ult. Cod. *de liberis praeteritis*, VI, 28, la quale legge non fu accolta dai compilatori di questi. D'altra parte che nella pratica si fosse accolta generalmente la opinione sostenuta dal Zachariä, oltre che dagli Scoliasti è dimostrato dalle compilazioni posteriori. È vero che alcune compilazioni quali l'*Epanagoge aucta*, il *Prochiron auctum*, l'*Epitome ad Prochiron mutata* e specialmente l'*Harmenopulus* ne offrono intorno all'argomento grande confusione ed un incomposto innesto di testi contraddittorii tratti dal *Prochiron* e dall'*Epanagoge*; ma questa confusione non può spiegarsi diversamente che col fatto di avere gli autori fatto ricorso non solo ai *Basilici*, sibbene anche a compilazioni precedenti, e di essersi essi per i primi confusi. Certo è che la *Synopsis* seguita in ciò da altre compilazioni (2), s'ispira al diritto dei *Basilici*, e che questo era seguito nei tribunali (3).

Inoltre bisogna osservare che l'antica successione necessaria formale non poteva più aver luogo nella pratica, quando, come già innanzi si è osservato, non fu più assolutamente necessaria, per la validità di un testamento, la istituzione di erede (4).

Quanto poi alla quota di legittima, i Basilici accettarono la misura determinata per i varii eredi necessarii dal diritto romano giustinianeo, anche quella per gli ascendenti e per i fratelli e sorelle (5).

Vi sono, è vero, delle interpolazioni, che potrebbero far dubitare di ciò, ma quale importanza e quale significato abbiano queste interpolazioni ha ben dimostrato il Zachariä (6).

### § 3. — *Dell'Acquisto dell'eredità.*

**20.** Il diritto romano-greco, fin dalle sue prime manifestazioni si allontana, per ciò che riguarda l'acquisto dell'eredità dal diritto romano, specialmente in quella parte che distingue in quest'ultimo l'*haereditas* e la *bonorum possessio* ed il modo di acquistare l'una e l'altra. Questa distinzione, che fu accolta da Giustiniano almeno in parte, si era originata dalla differenza tra il diritto civile ed il diritto pretorio, di cui larghissime tracce si trovano nel diritto giustinianeo. Ma come in Occidente così ancora in Oriente quella distinzione scomparve, e però doveva necessariamente scomparire ogni differenza tra l'*hereditas* e la *bonorum possessio*, e tra l'*aditio* e l'*agnitio*.

Per l'*Ecloga* inoltre, dato il sistema di comunione sancito da questo libro di diritto tra i membri della famiglia, pare possa dirsi il passaggio dell'eredità avvenisse senza bisogno di adizione, *ipso iure*, concetto questo non completamente estraneo al diritto romano.

Certa cosa è poi che l'*Ecloga* non si occupa del termine per adire l'eredità, nè richiede per l'acquisto della stessa l'intervento del magistrato. Essa tace su tali punti, ed anche a voler ritenere che ciò dipenda dalla incompletezza della compilazione, pure bisognerà sempre convenire che l'*Ecloga* non pone distinzione tra *aditio* e *agnitio*, e quindi non tra *hereditas* e *bonorum pos-*

(1) Cf. Mühlenbruch, op. cit., XXXVII, p. 192 e seg.
(2) Μικρὸν Δ, 43, 46, 47.
(3) Πεῖρα, LVII, 2; Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., § 45.
(4) Πεῖρα, XIV, 10; XXXVIII, 14.
(5) *Basil.* (ed. *Heimb.*), IV, p. 149, schol. 4.
(6) Op. cit., § 44 in fine.

*sessio*, che anzi usa quest'ultima espressione (διακατοχή) per indicare l'eredità in generale (1).

Questo concetto dell'acquisto dell'eredità, così come si rileva dall'*Ecloga*, non venne, può dirsi, modificato neppure posteriormente, cioè non si ritornò per opera dei Basilici alla distinzione tra la *haereditas* e la *bonorum possessio*.

È vero che i Basilici riproducono le disposizioni del Digesto e del Codice intorno ai due istituti, ma a bene considerare, si scorge come intenzione dei compilatori fu di fare dei due istituti un solo e di compenetrare le regole dell'uno con quelle dell'altro. Ciò si scorge dal fatto che alcuni punti, i quali avrebbero contrastato con il nuovo concetto, vennero tralasciati, altri al nuovo concetto vennero adattati; e più ancora dal fatto che certe espressioni tecniche vennero tradotte in altre, che avessero potuto adattarsi al nuovo concetto formatosi nella pratica, la quale, specie per opera dell'*Ecloga*, si era discostata dal concetto che il Digesto ed il Codice ne danno. La verità di questa affermazione si rileva non solo dal *Prochiron* e dall'*Epanagoge*, ma dalle compilazioni posteriori ai Basilici, le quali, o, come la *Synopsis*, il Μικρόν, l'*Harmenopulus*, dànno esplicitamente della *bonorum possessio* (διακατοχή) un concetto identico a quello dell'eredità (2); ovvero, come l'*Epitome ad Prochiron mutata*, discorrono della *bonorum possessio*, ma escludono la necessità dell'*agnitio* (3), il che equivale a dare della *bonorum possessio* lo stesso concetto dell'eredità, ovvero, come la Πεῖρα danno un concetto della *bonorum possessio* che non corrisponde affatto all'originario (4), mentre uno degli ultimi Scoliasti, ha tale un concetto unico dell'eredità e della *bonorum possessio*, che non distingue l'*agnitio* dalla *gestio pro herede* (5).

E conchiuderò dicendo col Zachariä (6), che, come in Occidente, così ancora in Oriente, mercè i *Basilici*, il diritto romano giustinianeo fu richiamato in vita, ma scartandosi quella parte che non corrispondeva più alla vita pratica, e, quanto al diritto successorio, respingendo la duplicità di norme parallele che in quello si osserva, e ritenendo di conseguenza l'acquisto dell'eredità avvenire in un sol modo, coll'*aditio*, non pure coll'*agnitio*, la quale ultima si riferiva ad un istituto di diritto pretorio, che non aveva più ragione d'essere.

Il Zachariä dice che questa unità di concetto giuridico in rapporto al diritto successorio debba pure principalmente essere attribuita al fatto del grande uso che si fece dell'istituto degli esecutori testamentari, di fronte al quale le norme romane intorno all'acquisto dell'eredità avevano dovuto perdere la loro primitiva importanza. Io non nego che quell'istituto abbia avuto la sua influenza a semplificare la teoria dell'acquisto dell'eredità; ma credo pure che questa semplificazione sia stato precipuo effetto di quella tendenza da cui si originò lo stesso diritto pretorio, e la quale mirava a togliere il rigorismo del diritto civile, tendenza che diede al diritto romano giustinianeo un carattere più umano e più universale, che non aveva il diritto anteriore. Questa tendenza si accentuò maggiormente dopo Giustiniano, e di essa furono manifestazioni l'*Ecloga* prima e poi le altre compilazioni, non esclusi i *Basilici*, i quali mirarono

(1) *Ecloga*, v, 7.
(2) *Sinops.*, Δ, 23, 5; Μικρὸν, Δ, 49, K, 68; *Harmenopulus*, I, 3, 31; 6, 7.
(3) *Epit. ad Prochiron mutata*, XXIII.
(4) Πεῖρα, LII.
(5) *Schol. ad Basil.*, XL, 1, 2, *th.* 4.
(6) Op. cit., p. 169.

ad adattare il diritto giustinianeo alla pratica giuridica dell'epoca.

**21.** Dicevamo come, stante il sistema di comunione dei beni familiari adottato dall'*Ecloga*, effetto del quale si era la esclusione delle figlie maritate e dotate e di quei membri che avevano abbandonata la famiglia, non ci potesse l'*Ecloga* dare il concetto romano dell'adizione, ed ecco perchè di questo essa non discorre in rapporto alla successione legittima. E quanto alla successione testamentaria si limita a disporre che, se l'erede nominato non esegue fra un anno le disposizioni del defunto, perde l'eredità, salvo quella parte che gli possa spettare a titolo di legittima (7). Come vedesi l'*Ecloga* concede all'erede testamentario un anno per eseguire la volontà del testatore, il che equivale a dargli un termine di un anno per adire l'eredità, naturalmente con tutti i pesi derivanti dalle disposizioni del testamento.

Nei *Basilici* e nei libri posteriori di diritto romano-greco appariscono chiari i concetti della *delatio* e dell'*aditio*, ma non pure quello dell'*agnitio* giudiziaria per la *bonorum possessio*, così come era concepita dal diritto romano. L'acquisto dell'eredità è unico.

**22.** Quanto al termine per l'acquisto dell'eredità, per l'adizione, tolte le determinazioni innanzi osservate, l'erede poteva essere costretto a dichiarare la sua volontà da ognuno che vi avesse interesse, ed egli aveva facoltà di chiedere un termine per deliberare, termine che si trova sancito anche nelle più tarde compilazioni (8). Si riproducono quando ad esso in generale le disposizioni del diritto romano giustinianeo.

**23.** L'Ecloga determina alcune norme per ciò che ha riguardo ai rapporti degli eredi con i creditori del defunto, le quali non corrispondono fedelmente a quelle del diritto romano giustinianeo. L'erede era tenuto a pagare i debiti del defunto, e se egli, senza alcuna riserva, prendeva possesso dell'eredità, e si provava che avesse già pagato alcuni debiti ereditarii, era costretto a pagare tutti gli altri, ancora quando superassero il valore del patrimonio ereditario (9). Però l'erede poteva esimersi dal pagamento di tutti i debiti ereditarii, facendo l'inventario di tutti i beni coll'intervento di testimoni fededegni, e rendendo di pubblica ragione lo stato del patrimonio, poichè in tal caso egli non era tenuto oltre le forze dell'eredità (10). Ma l'*Ecloga* offre all'erede un altro mezzo, quando però in buona fede avesse preso possesso dell'eredità, ignorando che i debiti eccedessero l'ammontare del patrimonio. Egli in tal caso poteva o per testimoni o con giuramento provare quali cose fossero a lui pervenute dall'eredità, e venire ad un concordato con i creditori, senza che da lui si potesse pretendere di più (11).

Il diritto posteriore ritornò alla dottrina romana intorno ai rapporti degli eredi con i creditori del defunto, e al beneficio dell'inventario, del quale si occupano, oltre che i *Basilici*, altre compilazioni posteriori (12).

**24.** I rapporti degli eredi fra di loro sono regolati diversamente nell'*Ecloga* e nei *Basilici* ed altre compilazioni, poichè queste ritornarono al diritto romano giustinianeo, quella partiva dal concetto della comunione

(7) *Ecloga*, v, 7.
(8) *Harmenop.*, v, 8, 8.
(9) *Ecloga*, VI, 9.
(10) *Ecloga*, VI, 10.
(11) *Ecloga*, VI, 11.
(12) *Harmenop.*, v, 8, 23, 12, 21; Μικρὸν, Δ, 31, K, 20.

dei beni familiari. Per quella quindi potevano i figli, alla morte dei loro genitori, continuare nella comunione, la quale aveva un carattere speciale; per queste potevano si restare indivisi più coeredi, ma la comunione, che si determinava tra loro, era ben diversa da quella determinata dall'*Ecloga*, era cioè la comunione ordinaria. Per quanto poi riguarda la divisione, l'*Ecloga* determina le regole già innanzi osservate pel caso dello scioglimento della comunione; ma, tolto questo caso, la divisione in generale per diritto romano greco veniva regolata dalle norme del diritto romano giustinianeo.

**25.** Quanto poi alla collazione bisogna pur distinguere l'*Ecloga* dalle compilazioni posteriori. L'*Ecloga* fa due ipotesi. O i discendenti, anche dopo la morte dei loro genitori, restavano nella preesistente comunione, ed allora essi dovevano conferire nel patrimonio comune tutto ciò che acquistavano, anche il peculio castrense, cioè tutto ciò che uno dei figli acquistava nel servizio militare. Se la comunione durava oltre dieci anni il militare aveva diritto a prelevare cavallo, sella, briglia ed armi, e, se sciogliev asi dopo tredici anni, anche ciò che aveva messo da parte sul suo soldo (1).

Quando poi i figli non volevano restare in comunione, allora essi dovevano conferire quanto dal genitore avevano ricevuto per il loro collocamento (*militia*), salvo che il genitore non li avesse dispensati dalla collazione (2).

L'*Ecloga* poi non si occupa nè della collazione della *donatio propter nuptias*, nè di quella della dote: della prima perchè era un istituto giuridico scortato da quella compilazione; della seconda, perchè, come già innanzi si è detto, per l'*Ecloga* le figlie maritate e dotate, come quelle che erano uscite dalla comunione di famiglia, erano escluse dalla successione dei loro genitori, quando vi fossero fratelli o sorelle rimaste in casa, uso questo così profondamente radicato, che, ad onta delle compilazioni posteriori, ne troviamo tracce sicure anche nel più tardo diritto greco (3).

Le compilazioni posteriori all'*Ecloga*, a cominciare dal *Prochiron*, seguito dall'*Epanagoge*, ritornarono per la collazione al diritto romano giustinianeo (4), e quindi si doveva conferire la donazione *propter nuptias*, e le figlie dotate e maritate, le quali erano espressamente chiamate alla successione dai loro genitori (5), dovevano mettere in collazione la dote (6).

**26.** Quanto infine ai mezzi per tutelare il diritto successorio, checchè voglia dirsi in riguardo al diritto giustinianeo circa i rapporti di somiglianza o di differenza per la natura e lo scopo della *hereditatis petitio* e dell'*interdictum quorum bonorum* (7), per la legislazione romano-greca non può, a mio modo di vedere, revocarsi in dubbio che, come in realtà ogni differenza tra l'*hereditas* e la *bonorum possessio* era scomparsa, così ancora scomparve ogni differenza fra la *hereditatis petitio* e l'*interdictum quorum bonorum*. L'azione era unica ed aveva un unico scopo, quello cioè di far valere il proprio diritto ereditario offeso, e chiedere la restituzione delle cose e dei diritti che facevano parte del patrimonio ereditario. E quando altra prova mancasse, e moltissime si possano trarre da quanto si è detto innanzi, basterebbe questa che nei Basilici le due azioni sono indicate con le medesime parole ἐκδίκησις τῆς κληρονομίας (8).

## § 4. — *Dei Legati e dei Fedecommessi.*

**27.** La teoria dei legati restò tal quale era nel diritto romano giustinianeo, come quella che, liberatasi dall'antico formalismo, dava dell'istituto giuridico un concetto esatto ed una sequela di norme che risolvevano tutti i dubbii e regolavano sotto tutti i punti la materia. Ciò è tanto vero che mentre l'*Ecloga*, il *Prochiron* e l'*Epanagoge* dispongono sì che i legati debbono essere pagati, ma non dettano norme speciali intorno all'argomento, i *Basilici* riproducono anche per questo punto il diritto romano giustinianeo.

**28.** Quanto alla forma dei legati, questi potevano essere compresi o in un testamento, ovvero in un codicillo, del quale fanno cenno le collezioni di diritto romano-greco (9). È notevole però che l'*Ecloga* ed una novella posteriore a Giustiniano (10) non si occupano affatto del codicillo, il quale silenzio veramente a me non sembra si possa spiegare coll'esclusione di questa forma meno solenne di ultima volontà. È notevole pure come in alcune compilazioni si parli del codicillo e della necessità dei cinque testimoni, ma non della necessità della forma scritta e delle sottoscrizioni dei testimoni (11). È uopo però osservare che, quando, anche per i testamenti, fu sufficiente l'intervento di cinque testimoni, come già innanzi si è veduto, e quando si potettero avere testamenti senza istituzione di erede, la forma codicillare dovette necessariamente perdere la sua primitiva importanza. Quest'ultima modificazione poi dovette necessariamente influire a far perdere importanza anche alla clausola codicillare.

**29.** Si conservò la disposizione per la quale doveva essere lasciata libera una parte dell'eredità a favore dell'erede gravato del pagamento dei legati, con questa differenza però che, invece della quarta parte (*quarta falcidia*), fu riservata all'erede gravato la terza parte. Ciò fu effetto di una certa confusione, che si produsse nella mente dei compilatori delle raccolte romano-greche tra la quota legittima e la quarta falcidia, ed in forza della quale essi riferirono la novella 18 di Giustiniano a quella come a questa (12). Di qui venne che si finì coll'avere un unico concetto della quota legittima (νόμιμος μοῖρα) e della falcidia (φαλκίδιος) e coll'indicarne la misura nella terza parte dell'eredità (τρίτον) (13).

**30.** Quella tendenza che già erasi cominciata a manifestare durante il periodo degli imperatori cristiani, di favorire cioè la Chiesa, e che si rilevò nella legislazione giustinianea con le disposizioni a favore dei luoghi pii, e dei legati pii, come in Occidente, così si andò accentuando in Oriente, e già nel corso di questo capitolo si è potuto vedere la verità di questa affermazione. Tale favoreggiamento accentuò a sua volta tanto la tendenza generale a fare donazioni e lasciti a scopi pii, che il legislatore fu costretto porvi un freno con deter-

(1) *Ecloga*, XVI, 2.

(2) *Ecloga*, XVI, 3.

(3) Zachariä von Lingbenthal, op. cit., § 51, in fine.

(4) *Prochiron*, XXII, 11, XXX, 12; *Epanagoge*, XXIX, 12, XXXIII, 13; *Basilic.*, XLI, 7; *Harmen.*, V, 8, 23-34; Μικρόν, Σ, 17.

(5) Cf. *Prochiron*, XXXII; *Epanagoge*, XXXIII, 11.

(6) *Prochiron*, XXX, 12; *Epanagoge*, XXXIII, 13.

(7) Cf. De Crescenzio, *Successione* (dir. romano), § 87.

(8) *Basil.*, XL, 9; XLII, 1.

(9) *Prochiron*, XXIX; *Epanagoge*, XXIX, 19-29.

(10) *Coll.*, I, Nov. 27.

(11) Μικρόν, K, 15-18; *Harmenopulus*, V, 7.

(12) Cf. *Prochiron*, XXXII, 2; *Basil.*, XLI, 11; *Ecloga privata aucta*, VII, 6, 7; l'*Epanagoge* (XXXVI, 2), rileva più precisamente l'analogia della falcidia con la quota legittima.

(13) Μικρόν, K, 13; *Harmenop.*, V, 8, 2; 9, 3.

minare certe limitazioni (1), le quali però non resistettero a lungo allo spirito religioso invadente (2).

E, fermandomi ai legati pii, la legislazione bizantina non solo confermò i privilegii già accordati ad essi dalla giustinianea (3), ma li allargò, concedendo a certe persone incapaci a far testamento di disporre di una parte delle loro sostanze a beneficio dell'anima (4), ed ordinando un procedimento sommario per le controversie, che a proposito di simili legati avessero potuto sorgere (5). Infine è uopo ricordare che, in quei luoghi dell'Oriente dove arrivò, durante la dominazione turca, l'influenza della Chiesa romana ed i quali furono sottoposti a Stati occidentali, ivi fu ammessa la forma di testamento del diritto canonico e cioè il testamento innanzi al parroco e a due testimoni (6).

**31.** Anche quanto ai fedecommessi si riprodusse il diritto romano giustinianeo, sicchè essi potevano essere costituiti negli stessi modi e con le stesse forme (7). Anche i fedecommessi di famiglia restarono nei limiti nei quali li aveva ristretti la legislazione giustinianea, mentre in Occidente, come avrassi occasione di vedere nel prosieguo di questo lavoro, i fedecommessi di famiglia si andarono sviluppando con un carattere nuovo, il quale è perdurato fino ai nostri giorni, e si determinò nella primogenitura, nei maggioraschi e nei seniorati. La causa di questo diverso processo in Oriente ed in Occidente, vuole spiegarsi principalmente per le diverse condizioni politiche ed economiche e più ancora per la diversa costituzione della proprietà fondiaria. In Occidente, dove la proprietà era addivenuta feudale o beneficiaria per la maggior parte, e dove il sistema di successione al feudo rendeva possibile la conservazione di questo nella famiglia dell'investito, senza divisioni e partizioni, si potettero, e vi si fu indotti per la tendenza generale dell'epoca, combinare le norme dei fedecommessi di famiglia romani, con le norme che regolavano la successione nei feudi costituiti a primogenitura, e creare un nuovo istituto, il quale aveva a scopo di vincolare i beni ad una famiglia perpetuamente per mantenerne il lustro.

In Oriente invece, dove le condizioni politiche ed economiche furono diverse, dove la proprietà fondiaria non si costituì così come negli Stati Occidentali, e dove mancava la tendenza, e date quelle condizioni doveva mancare, a vincolare perpetuamente la proprietà ad una famiglia, ivi i fedecommessi di famiglia non potevano determinarsi diversamente da quelli che erano stati determinati in quel diritto da cui il bizantino attinse. Ed è però che, se può accettarsi fino ad un certo punto quello che dice il Zachariä (8), e cioè che lo spirito cristiano, consigliando un eguale affetto per i figli e per i parenti, impediva un trattamento disuguale fra loro, ed ostacolava quindi lo sviluppo dei fedecommessi di famiglia, non può dirsi che questa fosse la causa unica ed esclusiva del fenomeno, in quanto che lo stesso spirito cristiano dominava in Occidente, dove però non ebbe la forza di impedire che i fedecommessi di famiglia prendessero il nuovo aspetto, con cui ci si presentano nelle legislazioni intermedie.

### § 5. — *Della Successione contrattuale.*

**32.** La successione contrattuale nel diritto bizantino conservò il carattere che aveva nel diritto romano giustinianeo. Vigeva quindi la regola che fossero proibiti e nulli i patti intorno ad una futura successione (9). E questo principio trova un'applicazione rigorosa nei libri del diritto bizantino, per quanto riguarda le rinunzie delle figlie dotate all'eredità dei loro genitori, poichè era detto espressamente che le figlie dotate fossero ammesse all'eredità del genitore dotante, anche quando con una clausola si fosse pattuita la esclusione di esse (10). Il diverso sviluppo del diritto, anche per questo punto, in Oriente ed in Occidente vuol essere spiegato per le diverse condizioni giuridiche dell'uno e dell'altro. In Occidente agli elementi della civiltà romana si innestarono quelli della civiltà germanica ed al diritto romano si innestò il germanico, innesto che non si ebbe in Oriente. In Occidente mancava per il diritto germanico la facoltà di testare, sicchè, sotto quest'aspetto, la libertà dell'individuo era vincolata alle necessità della costituzione della famiglia e della proprietà familiare, e lo sviluppo di quella libertà, trovato un ostacolo nel nuovo diritto importato dagli invasori, piegò verso i contratti sulle future eredità ed i patti successorii. In Oriente si continuò la tradizione del diritto romano liberamente; la libertà dell'individuo e delle manifestazioni della sua volontà in rapporto ai suoi beni fu tutelata e favorita ed i patti successorii, che in realtà erano un vincolo posto a quella stessa libertà, vennero proibiti ed esclusi. In Occidente la costituzione della famiglia e della proprietà fondiaria, menavano all'ammissione delle rinunzie ad una eredità futura per parte specialmente delle donne, allo scopo di conservare i beni nella famiglia: in Oriente queste condizioni giuridiche non esistevano e le rinunzie delle donne furono vietate.

**33.** Pel diritto bizantino adunque, come pel diritto romano giustinianeo, fu permessa solamente la donazione a causa di morte, e per esso si riprodussero le norme da questo sancite, poichè questa donazione mantenne i medesimi caratteri del diritto romano, e non è quindi opportuno ch'io mi trattenga su di essa.

## Capitolo II. — **Diritto Germanico.**

### § 1. — *Indole del diritto successorio presso i Germani.*

**34.** Uno dei punti, che offre maggiori e più forti argomenti, per combattere l'opinione di coloro, i quali vorrebbero scorgere tra l'antico diritto romano e l'originario diritto dei Germani una grande rassomiglianza e una quasi identità, si è il diritto successorio, il quale si manifesta e si sviluppa in modo che potrebbesi quasi dire opposto presso l'uno e presso l'altro popolo. E poichè il sistema successorio si basa precipuamente sull'ordinamento della famiglia e su quello della proprietà, ne segue come necessaria conseguenza che la famiglia e la proprietà dovessero essere diversamente ordinate presso i Romani e presso i Germani. Ed inoltre, poichè la famiglia è il primo nucleo su cui si fonda la società civile, ond'è che la sua costituzione ha una diretta ed indiscussa influenza sulla costituzione politica, la quale d'altra parte ritrae anche moltissimo dalla costituzione della proprietà, in particolar modo della proprietà fondiaria, ne consegue che la costituzione politica e quindi anche tutte le istituzioni politiche dei

(1) *Coll.*, III, Nov. 19.
(2) *Coll.*, III, Nov. 26.
(3) *Harmenopulus*, v, 11, 46.
(4) *Epanagoge*, xxx, 5; *Coll.*, II, Nov. 39.
(5) *Coll.*, IV, Nov. 66.
(6) Cf. Zachariä von Linghenthal, op. cit., § 39.
(7) Cf. *Eclogæ*, VI, 12; *Epitome ad Prochir. mutata*, xxx, 5.
(8) Op. cit., 53.
(9) *Basil.*, XXIX, 5, 35; XLIII, c. 4; *Epanagoge*, XXXIII, 23.
(10) *Prochiron*, XXXII; *Epanagoge*, XXXIII, 11.

Germani dovessero avere caratteri accentuatamente diversi dalla costituzione e dalle istituzioni politiche dei Romani.

Io già in altri miei lavori ho avuto occasione di insistere su questi concetti e di dimostrare come in generale il diritto originario germanico e l'antico diritto romano ci si presentino sotto aspetti differenti, ed abbiano solo quei punti di contatto che si originano dalla natura stessa dell'uomo e dalla necessità stessa delle cose. In questo poi, proponendomi di svolgere, nei limiti impostimi dall'indole della pubblicazione, di cui questa mia trattazione è destinata a far parte, l'originario diritto successorio germanico e le trasformazioni che esso andò subendo, e le cause di queste trasformazioni, e l'influenza che esso operò sull'ulteriore sviluppo del diritto successorio italiano, avrò agio di dimostrare anche più largamente il mio concetto, e mostrare quanta parte abbia avuta nelle varie manifestazioni del diritto italiano, intorno all'argomento, il diritto germanico, quanta il diritto romano.

35. La mancanza di fonti, cui attingere notizie certe e sicure; gli incompleti cenni che ne tramanda Tacito, il cui scopo precipuo non fu quello di svolgere dettagliatamente i vari istituti giuridici dei Germani, ma quello di dare un concetto della vita di quei popoli, che faceva un accentuato contrasto con la vita dei suoi contemporanei; le differenze spesso sostanziali che, intorno al sistema successorio, ne offrono le varie legislazioni germaniche dopo le invasioni; tutte queste cause han prodotto una tal quale incertezza negli scrittori, che si sono accinti a discorrere dell'originario diritto successorio germanico, e di conseguenza opinioni diverse e più o meno contraddittorie.

Quando si voglia ricercare la natura giuridica ed i caratteri di dati istituti che han vissuto in epoca, di cui non si hanno precise notizie, e son pervenuti poi nelle leggi scritte, dopo aver subite trasformazioni per nuove influenze, bisogna prima d'ogni altro rifuggire da preconcetti, e poscia dalle notizie pervenute e dagli istituti affini, rintracciando quali abbiano potuto essere le trasformazioni e da quali cause prodotte, ricostruire l'istituto giuridico così come dovette essere nei suoi primordi.

Questo è lo studio che deve farsi per determinare l'aspetto giuridico del diritto successorio presso i Germani. E poichè, come si è detto, il diritto successorio subisce l'influenza e si modella sulla costituzione della famiglia e sull'ordinamento della proprietà, devesi precipuamente in tale studio tener presenti l'una e l'altro.

36. Una delle teorie che, a questo proposito, ha trovato moltissimi proseliti, si è che l'originario diritto germanico trovi le sue radici e la sua base nel sistema successorio dei popoli della razza indo-europea, il quale posava precipuamente su questi principii: Esclusione assoluta del testamento; preferenza dei maschi sulle donne, in particolar modo per le successioni nei beni immobili; e originariamente tra i maschi preferenza del primogenito. I sostenitori di questa teoria la confortano con le notizie che Tacito ne dà intorno al sistema successorio dei Germani, poichè lo storico latino dice esplicitamente che non si conosceva il testamento; che succedevano i figli prima, poi i fratelli, indi gli zii paterni e gli zii materni (1); e che presso alcuni popoli, come i Tenteri, era consacrata ancora la preferenza del primogenito (2). L'originario diritto successorio germanico poi avrebbe subito delle trasformazioni pel nuovo ordinamento dato alla proprietà fondiaria, e sotto l'influenza della civiltà e del diritto romano e della Chiesa (3).

Io non entrerò ad esaminare questa opinione, la quale se ha alcuni punti veri, non può essere accolta per certo in tutta la sua interezza. Essa costituisce da per sè un preconcetto, le cui conseguenze non si possono evitare, e le quali costituiscono degli errori od almeno delle esagerazioni, come avrassi occasione di vedere nel corso di questo paragrafo.

37. Del sistema successorio dei Germani prima delle invasioni noi non abbiamo altre notizie che quelle che ne dà il Tacito nei due capitoli, 20 e 32 della sua *Germania*. Il primo così suona: « Haeredes tamen successoresque sui cuique liberi: et nullum testamentum. Si liberi non sunt proximus gradus in possessione, fratres patrui, avunculi ». Il secondo che si riferisce ai Tenteri dice: « Inter familiam, et penates et jura successionum equi traduntur: excipit filius, non ut caetera maximus natu, sed prout ferox bello et melior ».

Come facilmente scorgesi alla lettura di questi due passi di Tacito, essi non dànno una completa idea dell'originario diritto germanico, e lasciano campo a molti dubbi, nella cui soluzione gli scrittori sono andati in diverse e spesso opposte opinioni. Per offrire un'idea delle difficoltà che offre l'argomento, accenno ai principali dubbi: Era il testamento in ogni caso escluso? E potevasi, se non per testamento, disporre dei proprii beni con altre forme per un tempo posteriore alla morte del disponente? Erano ammesse anche le figlie alla successione o erano escluse? E se escluse, concorrevano all'eredità tutti i figli, od il solo primogenito? Ovvero la preferenza del primogenito era una caratteristica del diritto successorio dei Tenteri? E se tale preferenza era una nota caratteristica del diritto successorio dei Tenteri, il primogenito presso questo popolo era chiamato a tutti i beni ereditari o solo ad alcuni? Ed il padre era chiamato all'eredità del figlio? E la madre? E quali erano i rapporti tra l'agnazione e la cognazione nel diritto successorio germanico?

A risolvere tutti questi ed altri dubbi, bisogna rintracciare quale fosse la base, su cui posava il diritto successorio germanico. Ma anche su questo punto sono in disaccordo gli scrittori. Di questi invero la maggior parte affermano che la successione germanica sia fondata sulla consanguineità, e che cioè l'ordine successorio germanico segua il corso del sangue (4). Altri, pur ammettendo questa base caratteristica, non affermano che essa sia esclusiva assolutamente, e cioè dicono che non sempre nè in ogni caso gli eredi dovessero essere necessariamente gli eredi del sangue (5). Altri ancora dicono sì che la consanguineità aveva la sua influenza nel diritto successorio germanico, ma soggiungono che la consanguineità posta a base di quel diritto non spiega completamente il sistema successorio germanico e prima e dopo le invasioni. E questi scrittori si dividono, potremmo dire, in due schiere.

Alcuni sostengono che la base vera, caratteristica ed

(1) Tacito, *German.*, c. 20 « Haeredes tamen successoresque sui cuique liberi: et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, avunculi ».

(2) Tacito, *German.*, c. 32 « Inter familiam, et penates et iura successionum, equi traduntur: excipit filius, non ut caetera maximus natu, sed prout ferox bello et melior ».

(3) Cf. Fustel de Coulange, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pag. 233.

(4) Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 574; Eichhorn, *Deutsche Staats u. Rechtsgeschichte*, § 19.

(5) Barth, *Theutschlands Urgeschichte*, IV, 184; Confr. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 482.

esclusiva nel contempo del diritto successorio germanico, sia, più che la consanguineità, il vincolo di famiglia, che assicurava la pace e la solidità di questa, vincolo così importante ed essenziale, che la famiglia stessa prendeva nome di *Sippe*. Ora, soggiungono tali scrittori, uno degli elementi necessari a costituire questo vincolo si riscontra appunto nell'ordine successorio, il quale perciò era assoluto e non derogabile. A sostegno di questa opinione per il diritto originario germanico essi citano le parole stesse di Tacito, là dove dice: « Suscipere tam inimicitias seu patris, seu matris, seu propinqui quam amicitias necesse est ». Se adunque i membri della famiglia germanica avevano il dovere di sostenere le amicizie e di addossarsi le inimicizie di uno dei membri, di proteggerlo e di vendicarne le offese, avevano anche il diritto di ereditarne le sostanze. E confortano questa affermazione con i diritti germanici posteriori, specie col diritto franco, pel quale colui, che rompeva la parentela, e quindi il vincolo famigliare, ed usciva dalla famiglia, era sì liberato dall'obbligo di concorrere alla vendetta delle offese ed al pagamento della composizione dovuta da un suo congiunto, ma perdeva ancora il diritto di concorrere all'eredità del congiunto medesimo (1). Di tal che per questi scrittori il sistema successorio germanico era una conseguenza necessaria dell'istituto della sicurezza privata della famiglia (2).

Altri invece dànno al diritto successorio germanico una base diversa, base anch'essa caratteristica ed esclusiva. I primi guardano principalmente all'organizzazione della famiglia germanica, questi precipuamente all'organizzazione della proprietà germanica, ma senza che essi per certo possano prescindere dalla costituzione familiare. E questi stessi possono dividersi in due categorie.

Alcuni invero, partendo dal principio che presso gli antichi Germani esistesse una proprietà fondiaria individuale, o, per essere più precisi, individuale-familiare, dicono che il sistema successorio germanico basava sul preesistente diritto che i membri della famiglia avevano al patrimonio. Non avveniva quindi che gli eredi acquistassero la eredità per la morte del loro autore, ma invece essi, per la morte di questo, entravano nell'esercizio del loro diritto preesistente. Di qui veniva necessariamente che il morituro non potesse disporre del patrimonio, di cui egli non aveva pieno ed esclusivo dominio, e che fossero chiamati alla successione coloro che avevano un diritto proprio al patrimonio familiare.

Uno degli argomenti, di che i sostenitori di questa opinione si avvalgono, lo desumono dalle parole del capitolo 20 di Tacito, escludenti assolutamente il testamento (*nullum testamentum*), e mostrano come gli eredi entrassero nel *possesso* dei beni e non nel *dominio*, appunto perchè il diritto di proprietà in loro preesisteva (Si liberi non sint proximus gradus *in possessione*) (3).

Altri poi basano il diritto successorio germanico sulla comunione familiare dei beni; ma questi non ammettono una proprietà fondiaria individuale o familiare, poichè per loro la costituzione della proprietà fondiaria presso i Germani è quale la descrive Tacito nel capitolo 24, e cioè quella proprietà si apparteneva alla marca, che la distribuiva tra i suoi membri, perchè coltivassero le terre. La comunione familiare quindi avrebbe avuto per oggetto il possesso e, diciamo così, l'usufrutto della terra assegnata per coltura al padre di famiglia, e il patrimonio mobiliare, la cui composizione ne dà Tacito nel capitolo 32; e sarebbe stata necessaria conseguenza non soltanto della costituzione della famiglia germanica, ma ancora della costituzione agraria, così come ci vien descritta da Cesare e da Tacito. Da questa comunione familiare derivava che il padre di famiglia non potesse disporre in alcun modo dei beni comuni, e che alla eredità fossero necessariamente chiamati coloro che facevano parte della comunione (4).

I sostenitori dell'una e dell'altra di queste due ultime opinioni poi confortano la loro tesi con argomenti tratti dalle legislazioni posteriori, per le quali l'alienazione di un fondo avito non era valida senza l'intervento ed il consenso dei più prossimi eredi; per i debiti del defunto rispondevano i beni da lui acquistati in preferenza, e ad esclusione dei beni familiari; le donne, quantunque ammesse alla successione, erano chiamate solo quando mancavano i maschi, e ciò per conservare i beni aviti nella famiglia; e finalmente i testamenti, quantunque ammessi, furono rarissimi nella prima metà dell'evo-medio nel terzo ceto, più fortemente conservatore degli antichi costumi (5).

**38.** Quando io più sopra dicevo che il diritto successorio di un popolo ha intimi rapporti con la costituzione della famiglia e con l'ordinamento della proprietà e ne subisce l'influenza, ammettevo implicitamente che la base del diritto successorio in questi due istituti voglia essere ritrovato. Per trovare quindi il fondamento del diritto successorio germanico bisogna guardare nel contempo all'uno ed all'altro.

E prima di ogni altra cosa, a me sembra che non si possa sconvenire come il principio fondamentale del diritto successorio romano sia diverso del tutto da quello del germanico. Io non mi fermerò a disaminare l'opinione, secondo la quale in epoca remota anche i Romani ebbero costituita la famiglia ed ordinata la proprietà, così come presso i Germani ai tempi di Tacito, e quindi un sistema successorio identico, con esclusione assoluta del testamento. Certa cosa è che dalle prime notizie sì dei Romani, sì degli altri popoli italici in generale e dai primi monumenti legislativi dei Romani, si può rilevare che il diritto successorio loro si fondasse sulla volontà del *de cuius*, la cui personalità giuridica era continuata dagli eredi, sicchè bastava che il padre di famiglia avesse disposto anche d'una piccolissima parte della sua sostanza, perchè questa andasse all'erede nominato, donde la norma: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Non bisogna però trascurare la grande influenza che ebbero sul sistema successorio romano la costituzione della famiglia e l'ordinamento della proprietà, influenza che operò le trasformazioni successive in quel sistema, trasformazioni che corrispondono a quelle subite dalla costituzione della famiglia e dall'ordinamento della proprietà.

Presso i Germani invece, dove il concetto della continuazione della personalità del defunto non era sorto

(1) *Lex salica*, 60.

(2) Glasson, *Le droit de succession dans les droits barbares*, nella *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, IX, p. 588; Majer, *Germanien Unverfassung*, 1789, p. 105-125; Waitz, *Des alte Recht. d. Salisch. Franken*, p. 60.

(3) Zimmerle, *Das deutsche Stammsgutssystem*, p. 22, seg.

(4) Baumstark, *Urdeutsche Staatsalterthümer*, p. 304; Roescher, *Natur. Oekon.*, II, § 88; Viollet, *Histoire du droit français*, Paris 1886, p. 701.

(5) Roscher, op. e loc. cit.

o penetrato, il fondamento del diritto successorio non sulla volontà espressa o presunta del defunto basava: esso vuolsi riscontrare nel vincolo esistente tra l'autore e gli eredi. Questo vincolo si originava sia dalla costituzione della famiglia germanica, sia dall'ordinamento della proprietà.

La famiglia germanica basava sui vincoli di sangue, originantisi dalle giuste nozze, ma al vincolo di sangue si aggiunse un vincolo che potremmo dire politico, e dal quale si originò la *sippe* o *fara*, che consisteva in una consociazione più larga di quella della famiglia. Questa era composta da tutti coloro che trovavansi sotto la medesima podestà (*mundium*), ed in essa entravano quindi anche i servi e i dipendenti; quella era composta da tutti coloro che discendevano dal medesimo stipite, ciascuno dei quali poteva avere una famiglia. Il vincolo originario della *sippe* adunque era naturale, ma esso aveva un carattere politico accentuato, poichè la *sippe* doveva difendere ciascuno dei suoi membri, vendicarne le offese, dividerne le inimicizie, sostenerne le ragioni in giudizio, giurando con lui, quando questi era chiamato a prestare il giuramento, concorrere al pagamento della composizione dovuta da uno dei membri, nell'istesso modo che i membri tutti della *sippe* prendevano parte della composizione dovuta per l'uccisione o l'offesa arrecata ad uno di loro. Ed inoltre la *fara* marciava unita in guerra, come ne dice espressamente Tacito (1), e in pace occupava il medesimo luogo, onde è che, nella distribuzione delle terre, la quota si assegnava alla *sippe*, anzichè all'individuo (2).

Da questa costituzione della famiglia si originò la lotta tra la cognazione e l'agnazione; la vittoria restò all'agnazione, ma nelle leggi posteriori e nelle stesse notizie di Tacito si hanno tracce indiscutibili della lotta. Da essa ancora si originò un'altra lotta tra i membri della famiglia e quelli della *gens*, lotta che finì con la vittoria dei primi, non senza però lasciare tracce.

Che se dalla costituzione della famiglia volgiamo lo sguardo all'ordinamento della proprietà presso i Germani, scorgeremo subito il nesso che esisteva tra esso e la costituzione familiare, e necessariamente col sistema successorio. La proprietà fondiaria non aveva, neppure ai tempi di Tacito, acquistato carattere individuale, quantunque un naturale progresso erasi avuto sui tempi di Cesare, quando, secondo ne riferisce questo scrittore, la proprietà fondiaria si apparteneva alla comunità della marca, i cui magistrati ogni anno ne facevano distribuzione tra le *sippe*, in proporzione dei bisogni di ciascuna, sicchè le famiglie ogni anno mutavano non soltanto i campi, ma il luogo di loro dimora. Molto tra gli scrittori si è discusso intorno ai limiti del progresso manifestatosi ai tempi di Tacito, e mentre alcuni sostengono che quella proprietà avesse già acquistato carattere individuale, altri dicono che il possesso aveva maggiore durata, e si avviava così alla trasformazione in vera proprietà (3). Non entro ad esaminare queste opinioni, e mentre respingo quella che vorrebbe già ai tempi di Tacito la proprietà trasformata in individuale, riconosco che una proprietà si era determinata sulla casa e sulla corte, sicchè la famiglia non mutava più dimora, e che il possesso fosse di più lunga durata (4). Però, data la costituzione della famiglia germanica, tanto la proprietà sulla casa e sulla corte, e quella sulle cose mobili, quanto il più lungo possesso erano strettamente congiunti al vincolo familiare.

Se tali erano la costituzione della famiglia germanica e l'ordinamento della proprietà, il diritto successorio doveva mirare a mantenere quella costituzione e nel contempo ritrarre da questo ordinamento. Se adunque la famiglia era una consociazione, che oltre ad avere un carattere naturale, aveva anche un carattere politico, e se i rapporti tra i suoi membri erano quali li abbiamo accennati, il diritto successorio doveva tendere a conservare quella consociazione e quei rapporti, e quindi ai doveri imposti ai consoci dovevano corrispondere dei diritti alla successione. Similmente se ai tempi di Cesare la proprietà fondiaria era della comunità di villaggio ed il possesso era annuo, il diritto dei membri della famiglia doveva limitarsi ai frutti non ancora raccolti, ed alle cose mobili, mentre ai tempi di Tacito questo diritto si estendeva alla casa ed alla corte ed al possesso delle terre, nonchè alle cose mobili. Sicchè può dirsi che il diritto successorio germanico basavasi sul vincolo naturale politico della famiglia e sul carattere individuale familiare della proprietà.

**39.** Uno degli effetti di questa base caratteristica del diritto successorio presso i Germani era la mancanza del testamento; l'eredità aveva lo stesso corso del sangue (vincolo naturale), e la successione era uno dei legami che costituivano la consociazione familiare (vincolo politico), poichè oggetto della successione erano quelle cose che costituivano il vincolo economico della famiglia. Il morituro adunque non poteva violare nè il vincolo di sangue, nè il politico, nè l'economico: la sua individualità personale veniva assorbita nell'unità familiare; egli non poteva quindi affermarla a discapito di questa, tanto più che tale affermazione avrebbe riguardata un'epoca in cui la sua individualità sarebbe scomparsa.

Dunque il testamento nell'originario diritto successorio germanico nè esisteva, nè poteva esistere. Quando Tacito dice: ***haeredes tamen successoresque sui cuique liberi; et nullum testamentum;*** mostra col suo stile reciso come la mancanza del testamento fosse una essenzialità del diritto germanico e costituisse un punto di contrapposizione al diritto successorio romano, nel quale una essenzialità caratteristica era proprio il testamento.

Non sono però mancati scrittori, i quali abbiano dato alle parole di Tacito un'interpretazione meno recisa. Il Barth fa il seguente ragionamento: Le parole ***et nullum testamentum***, non sono da Tacito poste nè al principio, nè alla fine del passo intorno alla successione

(1) Tacito, *Germ.*, 7.

(2) Giercke, *Deutsche Genossenschaftrecht*, I, 14 seg.; Wackernagel, *Familienrecht u. Familienleben der Germanen*, 1872; Schupfer, *La famiglia presso i Longobardi*, 1868; Brunner, *Sippe u. Wergeld.* nella *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, XVI, ecc.

(3) Confr. Zeuss, *Die Deutsche u. die Nachbarstämme*, p. 52 seg.; Thudicum, *Der altdeutsche Staat*, p. 108 seg.; Waitz, *Verfassüngsgesch.*, I, 104 seg.; Bethmann-Hollweg, *Die Germanen vor der Volkerwanderung*, p. 6 seg.; Sybel, *Deutsche Königthum*, p. 5 seg. e *German. Geschlechter Verfassung*, nelle *Schmidt Zeit. f. Gesch.*, p. 292 seg.; Roscher, *Haben die Germanen die Landwirthsch. nach dem Dreifeldersystem getrieben?* nei *Berichte üb. d. Verhandl. d. säch. Gesellsch. d. Wissensch.*, X, p. 72 seg.; Hessings, *Ueber die agraerische Verfassung d. alten Deutsch.*, p. 11; Hassen, *Z. Geschichte d. Feldsystem in Deutschl.*, nella *Tubing. Z. f. Staatswiss.*; Fustel de Coulange, *Recherches*, 1885; Schupfer, *Allodio*, n. 4, 5; Del Giudice, *Sulla questione della proprietà delle terre in Germania, secondo Cesare e Tacito* nei *Rend. dell'Ist. lomb.*, ser. II, v. 13, fasc. 5 e 6.

(4) Cfr. Ciccaglione, *Feudalità*, p. 15, nota 5.

germanica, e quindi non può ritenersi che esse esprimano un concetto generale ed esclusivo; esse invece sono poste dopo quelle che riguardano la successione dei figli e prima delle altre che ne riferiscono il diritto successorio dei collaterali. Da questa disposizione delle parole di Tacito si può inferire che solo nell'esistenza dei figli il testamento fosse proibito, ma non quando questi mancassero, quantunque per solito il testamento, anche in questi casi, non formasse la regola. Che anzi il Barth dal capitolo 32 della *Germania* desume che spettasse al padre designare il figlio più guerriero, al quale dovessero andare i cavalli, e finisce col dire che forse non si aveva presso i Germani la forma del testamento romano, e che quindi le parole di Tacito potrebbero interpretarsi anche nel senso che non si avesse il testamento così come era concepito nel romano diritto (1).

Come facilmente scorgesi questo ragionamento del Barth è campato in aria, e non credo necessario il confutarlo, quando veggo che neanche nelle leggi scritte germaniche si riscontra il testamento, il quale fu introdotto solo sotto l'influenza della Chiesa e del diritto romano.

Però non manca qualche scrittore che, senza andare nelle esagerazioni del Barth, non dà alle parole del Tacito, *nullum testamentum*, una interpretazione così rigorosa, poichè egli crede il testamento fosse conosciuto fin dai tempi antichi dai Germani, e la proibizione del testamento, che si rileva dalle parole di Tacito, non avesse ragion d'essere, quando il morituro fosse privo di famiglia, o avesse rotta la parentela con i suoi congiunti (2). Ma anche questa opinione non è accettabile, poichè nel primo caso egli doveva necessariamente far parte d'una *sippe*, od in estremo d'una marca, e non può revocarsi in dubbio che il vincolo politico-economico esistente tra i marchigiani o vicini desse un diritto successorio alla marca. Nel secondo, la rottura della parentela rompeva anche il vincolo economico dell'individuo con la famiglia, e i beni acquistati da colui che aveva rotta la parentela andavano anch'essi alla marca. In prosieguo vedrassi se e quando ed in quali limiti il morituro potesse per diritto germanico nominarsi un erede e con quale forma, ed allora sarà veduta l'origine di tale istituto giuridico. Per ora mi limito a dire che la primitiva forma con cui l'erede poteva esser nominato, mostra come, solo più tardi, la facoltà in dati limiti di nominarsi, mercè la donazione, un'erede fosse concessa.

**40.** La successione adunque era esclusivamente legittima, e l'eredità si trasmetteva secondo l'ordine che ne descrive Tacito. Venivano quindi in prima linea i figli (*haeredes tamen, successoresque sui cuique liberi*).

Ma appunto la generale espressione di Tacito, *liberi*, ha dato luogo a varie questioni, principalmente alle due: se cioè sotto la voce *liberi* si possono comprendere anche le donne; e se, escluse le donne, i maschi concorressero tutti all'eredità paterna, ovvero succedesse il solo primogenito.

Quanto alla prima questione non sono mancati di quelli i quali han sostenuto che le figlie concorressero insieme ai maschi all'eredità del padre comune. Alcuni traggono il principale argomento dalla parola *liberi* usata da Tacito nel capitolo 20, e la quale comprende tanto i figli quanto le figlie, e confortano la loro opinione con quelle leggi posteriori germaniche, le quali chiamano le figlie insieme ai maschi all'eredità delle cose mobili. Per essi questo fatto sarebbe, anzi che un progresso verificatosi sotto l'influenza della civiltà romana, una traccia del diritto successorio degli antichi Germani, i quali avevano solamente proprietà mobiliare, appartenendo la proprietà fondiaria alla comunità del villaggio (3).

Il Barth, senza ricorrere alle leggi posteriori, trae argomento, oltre che dalla voce *liberi*, dal capitolo 19 di Tacito, dove è detto: *publicatae enim pudicitiae nulla venia; non forma, non aetate, non* opibus *maritum invenerit*. Se, egli dice, una donna corrotta non trovava marito, fosse anche ricca, se ne deve conchiudere che vi fossero fanciulle ricche, e che la loro ricchezza non potesse venire che dall'eredità paterna (4).

E lo stesso Eichhorn crede che le notizie dateci da Tacito intorno alla successione dei Germani sieno incomplete, e che il suo silenzio intorno alla esclusione delle donne, cosa che ad un Romano avrebbe fatta grande impressione, e che avrebbe quindi espressamente riferita, induca a credere come le donne avessero, anche ai tempi di Tacito, un limitato diritto all'eredità. Per lui la base della preferenza dei maschi non sta nella comproprietà della famiglia, perchè in tal caso l'*avunculus* avrebbe dovuto essere necessariamente escluso, e quindi, dice egli, anche le donne, benchè in limite più ristretto, erano chiamate alla successione (5).

Altri invece, e sono nel maggior numero, sostengono la opinione contraria, e cioè che le figlie fossero sempre escluse dalla successione paterna, avendo però il diritto di venir sostentate in casa e di essere collocate dai fratelli o dagli altri eredi (6).

Io non esito ad abbracciare questa seconda opinione, e le considerazioni che mi vi spingono sono varie. E primieramente la voce *liberi* usata da Tacito non deve trarre in inganno, poichè da tutto il capitolo 20 si desume che le donne in qualunque linea venivano escluse: le voci: *fratres, patrui, avunculi*, accennano ai maschi solamente, e se le donne fossero state ammesse, prima degli *avunculi*, avrebbero dovute essere chiamate le sorelle. D'altra parte lo stesso Tacito nel capitolo 32 usa la voce *filius* non solo, ma dal contesto del capitolo si scorge come egli voglia parlare dei soli maschi, poichè i cavalli da guerra, presso gli altri popoli germanici, diversi dai Tenteri, non potevano andare che ai maschi insieme al resto dell'eredità.

Nè l'argomento che il Barth trae dal capitolo 19 ha gran peso. Tacito parla di *opibus*, e quale significato bisogna dare a questa voce si desume dal capitolo 5. Con quella parola Tacito accenna alle cose mobili soltanto, le quali potevano venire ad una donna per donazione del padre, del fratello o dello sposo, donazioni che abitualmente solevansi fare quando le fanciulle passavano a marito.

Anche quello che dice l'Eichhorn non è accettabile. Quale si fosse il fondamento del diritto successorio si è già visto, e si vedrà in prosieguo la ragione, per cui era chiamato l'avuncolo alla successione del figlio della sorella. Le legislazioni posteriori, se si faccia eccezione

(1) Barth, op. cit., IV, 184.

(2) Grimm, op. cit., p. 482.

(3) Glasson, *Le droit de succession dans les droit barbares*, loc. cit., p. 589.

(4) Barth, op. cit., IV, 181.

(5) Eichhorn, op. cit., § 19, n. *b*, *c*.

(6) Grimm, op. cit., p. 407 e 472-73; Zimmerle, op. cit., p. 24; Majer, op. cit., p. 127 seg.; Wackernegel, nel *Screibers Taschenb. für Gesch. und Alterth.* (1846), V, 307; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, 1886, p. 707.

di qualcuna che si ispira totalmente, per questo punto, al diritto romano, come la visigotica, escludono le donne o le chiamano alla parte meno importante del patrimonio del defunto. E questa concessione fatta alle donne, anziché traccia di un diritto più antico, è il portato della influenza della civiltà romana. Vediamo invero iniziarsi una lotta tra il sesso maschile ed il femminile nel campo del diritto successorio, lotta delle cui fasi si trovano larghe tracce nelle leggi germaniche, e la quale allargò i diritti degli eredi di sesso femminile. Sarebbe stato ben strano che i Germani, venuti sulle terre dell'impero e trovatisi al contatto della civiltà e del diritto romano, avessero abbandonata quella parte del loro diritto originario che col romano combaciava, per poi richiamarla in vigore almeno in parte.

Il processo più logico invece si è che originariamente il diritto germanico escludeva le donne; e che, sotto l'influenza del diritto romano si concessero a queste limitati diritti, i quali sotto la medesima influenza si andarono allargando.

L'esclusione delle donne dalla successione nell'originario diritto germanico si spiega inoltre facilmente, studiando la posizione della donna nella famiglia e nella società germanica. Nella società essa non aveva alcuna parte diretta; come incapace a portare le armi, non entrava nell'esercito, non quindi nell'assemblea generale, non nelle assemblee giudiziarie. Ella veniva, quantunque nata da liberi genitori, equiparata sotto alcuni lati allo schiavo, il marito poteva venderla ed ucciderla (1); ed era sottoposta ad un perpetuo mundio. Di fronte alla comunità adunque la donna non poteva rappresentare la famiglia, di cui essa faceva parte, non poteva quindi avere, nella qualità di erede, parte del patrimonio della famiglia medesima (2).

Nella famiglia poi la donna, come i servi, era sottoposta a perpetua autorità; ella non addiventava mai amundia o *sui iuris*, ed aveva continuo bisogno di protezione. La donna perciò non poteva essere soggetta ai doveri imposti ai componenti la *sippe;* non a quello di proteggere gli altri membri della famiglia; non a quello di vendicarne le offese; non a quello di soccorrerli come congiuratrice. Ed è però che ella veniva esclusa dall'obbligo di concorrere al pagamento della composizione dovuta da uno della *sippe*, e di conseguenza dal diritto di prendere una parte di quella che si pagava da altri per l'offesa o l'uccisione di uno della famiglia, esclusione che perdurò lungamente come rilevasi dalle leggi posteriori. Ora se il diritto successorio aveva un intimo rapporto con la costituzione della famiglia ed il diritto di concorrere all'eredità di un congiunto, era quasi un corrispettivo dei doveri che la sicurezza della famiglia imponeva (3), ne segue che la donna dovesse essere esclusa da questo diritto.

Le donne, concludendo, non concorrevano con i fratelli all'eredità paterna: esse avevano solamente il diritto di essere sostentate e collocate dai fratelli, sotto il cui mundio, per la morte del padre, cadevano.

41. L'altra questione, e cioè se tutti i figli concorressero, o fosse preferito il primogenito, è ben più grave, e coloro i quali sostengono il diritto di primogenitura traggono argomenti dalle stesse parole di Tacito. Essi così ragionano. Tacito nel capitolo 20 dà un cenno generale del diritto successorio germanico, senza entrare in particolarità. Col capitolo 32 egli completa il capitolo 20, e mentre determina tutto ciò che formava oggetto d'eredità (*penates, familia, iura successionum equi*), determina ancora quale tra i figli succedeva, e cioè il primogenito. La specialità presso i Tenteri, essi dicono, non è il diritto di primogenitura, ma il diritto del figlio più guerriero ai cavalli da guerra, i quali presso gli altri Germani andavano, come tutte le altre cose, al primogenito. Il diritto di primogenitura, essi proseguono, è una conseguenza dell'ordinamento della proprietà fondiaria, descrittoci dallo stesso Tacito, poichè se le terre si distribuivano, alla morte del padrefamiglia, uno solo doveva conservarne il possesso di fronte alla comunità, ed il possesso era indivisibile, pure per la comunione della famiglia, a conservare la quale era necessaria l'indivisibilità dei beni, anche mobili. Se tutti i figli invece fossero concorsi od avessero diviso il patrimonio ereditario, la comunione familiare sarebbe scomparsa e la costituzione della famiglia germanica sarebbe stata ben diversa (4).

Altri invece non solamente negano in modo reciso il diritto di primogenitura nel diritto successorio germanico, ma sostengono che anche presso i Tenteri non si avesse la preferenza del primogenito in tutta l'eredità del padre. Lo Schulze sostiene, che quando Tacito dice: *excipit filius, non ut caetera, maximus natus*, la parola *caetera* non vuolsi riferire a tutto il patrimonio, ma solo a quelle cose che sono intimamente connesse ai cavalli da guerra, e cioè a tutte quelle cose mobili, che erano oggetti guerreschi (Heergeräthe). Sicchè presso i Tenteri tali cose, anche i cavalli da guerra, andavano al primogenito, salvo che tra i figli vi fosse stato uno più guerriero degli altri e dello stesso primogenito, nel qual caso quegli prendeva i cavalli: il resto del patrimonio andava invece a tutti i figli (5).

Ora, senza entrare nell'esame di questa interpretazione dello Schulze, anche a voler ammettere che la parola *caetera* si riferisca a *penates*, a *familia* ed a *iura successionum*, il capitolo 32 di Tacito non fa che riferire una particolarità dei Tenteri, ed esso, anziché commentario del capitolo 20, è invece in contrapposto di questo: il capitolo 20 contiene la regola, il cap. 32 la eccezione.

Che invero nel diritto germanico originario tutti i figli concorressero all'eredità del padre, si scorge, oltre che dalle parole di Tacito, le quali mostrano che tutti i *liberi*, i *fratres*, i *patrui* e gli *avunculi* succedessero nel loro grado rispettivo, dalle legislazioni posteriori, tra le quali non ve n'è alcuna che ammettesse il diritto di primogenitura. Potrebbe è vero dirsi che le legislazioni posteriori subirono l'influenza del diritto romano, ma il diritto di promogenitura avrebbe dovuto lasciare delle tracce. D'altronde, se il diritto romano potette operare a che tutti i figli fossero chiamati all'eredità, la successione alla corona avrebbe dovuto regolarsi secondo il diritto di primogenitura, mentre noi scorgiamo che nei regni barbarici, fondati sulle provincie dell'impero, al re defunto succedono tutti i figli. Questo fatto, se altri argomenti mancassero, sarebbe la prova più forte che nel diritto germanico tutti i figli erano chiamati all'eredità del padre.

Nè si dica che il diritto di tutti i figli sia in contraddizione con la costituzione della famiglia. Il vincolo

(1) Grimm, op. cit., p. 250.

(2) Zimmerle, op. e loc. cit.

(3) Ciò può desumersi anche dalla legge dei Turingi, la quale (c. 31) dispone che l'obbligo della vendetta e il prezzo dovuto per la uccisione passassero a colui che ereditava i beni immobili del defunto.

(4) Baumstark, op. cit., p. 914 seg.

(5) Schulze, *Das Recht der Erstgeburt*, 1851, p. 202 e seg.

familiare seguitava a persistere tra i fratelli con gli obblighi e con i diritti annessi, donde la possibilità della successione collaterale. E la comunione familiare dei beni non vuol essere intesa in un senso troppo largo ed esagerato. Ai tempi di Tacito ogni famiglia, nel senso più ristretto della parola, aveva una vita economica a sè, pur esistendo vincoli economici con la *gens*. Quando per la morte del padre la famiglia veniva quasi a dividersi in tante altre, quanti i figli, ciascuna di queste acquistava una vita economica a sè. Adunque i figli concorrevano tutti e dividevano egualmente la eredità paterna (1).

**42.** Non essendovi figli maschi, l'eredità, secondo ne dice Tacito, era devoluta ai fratelli del defunto, e, mancando anche questi, agli zii paterni, ed infine agli zii materni. Dunque anche nella linea collaterale i maschi escludevano le donne, ancorchè queste fossero di grado più prossimo al defunto. Ed è naturale che, se erano più i fratelli o gli zii paterni, od i materni, dividessero in egual parti l'eredità. Tanto poi nella linea discendente quanto nella collaterale, non era ammessa la rappresentanza, la quale solo molto più tardi penetrò nella legislazione germanica, sicchè i figli escludevano i nipoti *ex filio*, i fratelli i figli del premorto fratello.

**43.** Ma come si spiega il diritto dell'*avunculus* alla successione del figlio della sorella? Innanzi, parlando del fondamento del diritto successorio, si è visto come questo fosse in intimi rapporti col vincolo naturale-politico della famiglia, e, quanto a questo vincolo, si è detto che esso fosse basato principalmente sui legami di sangue. Ora in questo vincolo familiare entravano non solamente gli agnati, ma anche i cognati, e di necessità la successione germanica non poteva essere solamente agnatizia. Solo così può spiegarsi la intimità di rapporto che correva tra lo zio materno ed i figli della sorella di lui, intimità che è rilevata espressamente da Tacito, quando dice: *Sororum filiis idem apud avunculum qui apud patrem honor. Quidam sanctiorem artioremque hunc nexum sanguinis arbitrantur, et in accipiendis obsidibus magis exigunt, tanquam ji et animus firmius et domum latius teneant.* Se adunque gli zii materni erano dopo il padre, i naturali protettori dei figli della sorella; se essi davano ai nipoti il nome, dovevano entrare col matrimonio della sorella nella *sippe*, in cui questa entrava, il che è provato dalle riferite parole di Tacito, quando dice: *et in accipiendis obsidibus*, ecc..... Questo rapporto naturale doveva avere necessariamente la sua ripercussione nei rapporti giuridici, e quindi anche nella successione.

Ma, siccome il vincolo familiare aveva non solamente carattere naturale, sibbene anche politico, così da questo doveva originarsi una preferenza degli agnati sui cognati, ed è però che mentre lo zio materno si reputava nei rapporti naturali il più prossimo parente, dopo il padre, del figlio della sorella, nella successione esso veniva chiamato dopo i fratelli e gli stessi zii paterni. Lo zio materno era sì il protettore della sorella e dei figli di lei contro i possibili abusi dell'autorità paterna, ma, se questa veniva a cessare, i figli cadevano sotto il mundio dello zio paterno, preferito in ciò allo zio materno (2). Dunque il diritto successorio dello zio materno non è contrario alla costituzione della famiglia germanica, nè, per questo lato, al fondamento dell'originario diritto successorio germanico (3).

Alcuni dicono che il diritto dell'*avunculus* sia un avanzo del matriarcato, che dovette originariamente informare la famiglia germanica ed al quale essi ricorrono anche per spiegare qualche legge posteriore (4). Io non nego tutto ciò, ma dico che originariamente nella linea collaterale non si facesse distinzione tra agnati e cognati, e che solo dopo, con la trasformazione che lentamente andava subendo la proprietà fondiaria, e con la parallela trasformazione che la famiglia subiva, cominciò il predominio e la preferenza degli agnati sui cognati.

**44.** Tacito, nel capitolo 20, non parla di ascendenti, e però sorge il dubbio se questi fossero esclusi dalla eredità del discendente. Quanto alla madre, dopo ciò che si è detto intorno alla condizione della donna nella società e nella famiglia germanica, non può cadere dubbio alcuno sulla sua esclusione. Quanto invece al padre ed all'avo il silenzio di Tacito, a mio modo di vedere, deve spiegarsi nell'istessa guisa che si spiega il silenzio dell'editto di Rotari sulla successione ascendentale. Data la costituzione della famiglia germanica, era cosa ben rara che, premorendo il figlio, il padre avesse qualche cosa ad ereditare da lui. Fino a tanto che i figli convivevano col padre, la proprietà familiare era nelle mani di lui, capo della famiglia, e per lo più, fino a tanto che il padre era vivo, i figli coabitavano con lui. Non può dirsi quindi che i figli avessero un proprio patrimonio, e premorendo quindi qualcuno di essi, non si aveva veramente eredità, alla quale il genitore potesse essere chiamato. Solo così può spiegarsi il silenzio di Tacito, altrimenti non si potrebbe giustificare perchè ad uno che fosse morto senza lasciare figli o fratelli, succedesse il fratello del padre, e cioè lo zio paterno, e non il padre medesimo, ed, in mancanza dello zio paterno, lo zio materno fosse preferito al padre. Quella specie di comunione familiare faceva sì che la proprietà di famiglia trovasse il suo naturale depositario nel padre di questa, e che solo alla morte di lui, il patrimonio si ripartisse tra i figli, ciascuno dei quali diveniva capo d'una nuova famiglia.

Il passo di Tacito adunque vuol riferirsi all'ipotesi più ordinaria della successione all'eredità di un padre di famiglia.

**45.** Ma non certamente il diritto successorio si limitava tra quei parenti cui accenna Tacito. Oltre che le leggi germaniche posteriori, le quali determinano fino a qual grado, per lo più il settimo, i parenti potessero accampare diritto di succedere nell'eredità del defunto, ad ammettere che altri parenti anche più lontani degli zii fossero dalle antiche consuetudini germaniche chiamati alla successione, induce il fondamento stesso che noi abbiamo dato al diritto successorio germanico. Tutti coloro, che erano stretti da quel vincolo che costituiva la *sippe*, ebbero originariamente diritto alla successione scambievole, nella stessa guisa che tutti erano tenuti a concorrere al pagamento della composizione. Che anzi vi dovette essere un'epoca in cui il patrimonio di ciascun padre di famiglia ricadesse alla comunità per l'ordinamento della proprietà fondiaria, e presso alcune tribù questo diritto della comunità dovette conservarsi lungamente e lottare con il diritto dei parenti, se anche

(1) Cf. Sybel, op. cit., p. 12; Waitz, op. cit., 61; Freytag, *Bilder aus d. Mittelalter*, 1871, p. 70 seg.; Wackernagel, op. cit., p. 307.

(2) Kraut, *Vormundschaft*, p. 38.

(3) Majer, op. cit., p. 148; Wackernagel, *Familienrecht*, p. 311. Cf. anche Kraut, *Vormundschaft*, p. 38 seg.

(4) Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, 1890, p. 32.

dopo l'invasione noi troviamo tracce di questa lotta. La verità di quanto in questo numero siamo andati dicendo, sarà veduta nel corso di questo capitolo.

**46.** I Germani non rappresentavano la parentela come una scala, ma o come un albero, o come un corpo umano. Ed è però che essi, anzi che per gradi, misuravano i vincoli di parentela o partendo dal tronco dell'albero andando ai diversi rami, ovvero partendo dalla testa ed arrivando fino alle unghie della mano ed alle ginocchia. Di qui venne un diverso modo di computare i gradi di parentela, come più chiaramente sarà veduto in prosieguo.

**47.** Quali cose costituissero l'eredità ai tempi di Tacito ci fa sapere Tacito stesso nel capitolo 32, quando dice: *Inter familiam et penates et iura successionum equi traduntur*. Sicchè nell'eredità entravano la *familia*, i *penates* ed i *iura successionum*. Quanto alla *familia* è facile comprendere che essa fosse composta dai servi e da tutte le persone sottoposte a *mundium*, le quali passavano dal mundio dell'autore a quello dell'erede. Sotto la voce *penates* erano comprese la casa e tutto ciò che essa contiene e che la circonda, quindi anche gli animali domestici. Gli *equi*, almeno per i Tenteri, non si confondevano con gli altri animali domestici e formavano, diciam così, un cespite ereditario a sè, come può rilevarsi dalle surriferite parole di Tacito (1).

Il più difficile è determinare ciò che si comprendesse sotto l'espressione *iura successionum*. Se alle parole *familia* e *penates* si dà, e non può essere diversamente, il significato e la comprensione da noi dati ad esse, se ne deve inferire che in esse fossero comprese tutte le cose mobili, ed allora i *iura successionum* devono riferirsi a cose diverse da queste.

Il Sybel, sostenendo, che, secondo le notizie di Cesare e di Tacito, non si avesse vera proprietà fondiaria ma semplice possesso, dice che questo si tramandasse agli eredi (2), sicchè con lui dovrebbe dirsi che i *iura successionum* si riferissero a questo possesso, a questa specie d' usufrutto. Il Freytag si avvicina a Sybel, poichè egli dice, che il defunto insieme alla casa, alla corte ed al gregge, trasmetteva ai suoi eredi la sua quota ideale alla proprietà comune a tutto il villaggio (3). Naturalmente a queste opinioni si oppongono il Waitz e tutti coloro che sostengono l'esistenza d'una proprietà individuale fondiaria presso gli antichi Germani, ai tempi di Tacito, e secondo costoro quindi i *iura successionum* si riferirebbero principalmente alle cose immobili. Il Thudichum invece sostiene che quanto dice Tacito, nei capitoli 20 e 32, si riferisca esclusivamente alle cose mobili, poichè, secondo la sua opinione, non era possibile la trasmissione del possesso delle terre coltivabili e del pascolo, quando ciascuno che entrava a far parte della comunità di villaggio vi aveva diritto (4). Noi già innanzi abbiamo fatto un cenno dell' ordinamento della proprietà fondiaria ai tempi di Tacito, ed abbiamo visto come questa avesse subita una trasformazione e si avviasse ad acquistare il carattere di proprietà individuale: per noi quindi i *iura successionum* si riferiscono principalmente alle cose immobili, e cioè a quei diritti che ciascun padre-famiglia acquistava sulle terre assegnategli dalla comunità; diritti che non avevano carattere derivante da proprietà individuale, ma che si avviavano ad acquistarlo.

§ 2. — *Il Diritto successorio nelle legislazioni barbariche che più fedelmente ritrassero dal diritto romano.*

**48.** Le leggi che, anche nel diritto successorio, ritrassero più fedelmente dal diritto romano, tra le barbariche, furono l' editto di Teodorico re degli Ostrogoti e la legge visigotica. Nello studiare queste due leggi io mi limiterò a notare i punti caratteristici loro intorno all'argomento del mio lavoro, salvo a rilevare in prosieguo i punti che la legge visigotica ha di contatto con le altre leggi germaniche.

A bene studiare queste due leggi si scorge facilmente come il fondamento giuridico del diritto successorio in esse contenuto sia presso che identico a quello del diritto successorio romano. Tra le due leggi però io oserei scorgere una lieve differenza, prodotta specialmente dalla diversa epoca in cui esse vennero redatte. E cioè l'editto di Teodorico si mantiene fedelmente al sistema successorio sancito nell' editto Teodosiano, il quale, mentre s'ispira nel determinare l'ordine successorio ai vincoli di sangue, non si è ancora liberato dalle considerazioni politiche, che nei periodi precedenti avevano determinato un ordine successorio tendente a conservare la famiglia politica (5). La legge visigotica invece segue, può dirsi, il sistema successorio determinato nella legislazione giustinianea, pel quale la successione legittima fondavasi esclusivamente sui vincoli di sangue. Ma anche questa lieve differenza concorre a provare che le due legislazioni piuttosto che ispirarsi alle antiche consuetudini barbariche, si ispirarono al diritto romano. Non si trova quindi in queste leggi l'esclusione del testamento; che anzi la successione testamentaria, salvo qualche lieve differenza, ne si mostra con tutta l'importanza e tutta l'estensione che nel romano diritto; non l'esclusione delle donne od almeno la posposizione delle stesse ai maschi.

Qualche scrittore, a proposito della perfetta eguaglianza tra maschi e donne sancita nella legge visigotica, dice che, mentre non si può misconoscere la grande influenza del diritto romano su questa disposizione, si deve pure convenire che la legge visigotica riproducesse, al riguardo, l'antica consuetudine germanica riferitaci da Tacito, per la quale tutti i figli, senza distinzione di sesso (*liberi*), concorrevano egualmente all'eredità paterna. E si soggiunge: « se questo sistema di eguaglianza perfetta fosse stato in contraddizione con i costumi e gli usi dei Barbari, non sarebbe così facilmente passato nella legge dei Visigoti » (6). Quest'opinione, per quanto innanzi abbiamo detto circa l'esclusione delle donne nell' originario diritto successorio germanico, è inaccettabile, anche perchè da tutte le disposizioni del diritto visigotico riguardanti la successione, trapela l'influenza del diritto romano, e più specialmente in quella che determina la più perfetta eguaglianza tra figli e figlie, cose che riconosce lo stesso scrittore, la cui opinione combattiamo. D'altronde sarebbe stato ben strano che tra le leggi germaniche, proprio quelle che ritrassero più fortemente dal diritto romano, fossero restate più fedeli all'antica consuetudine germanica.

Adunque tanto per l'editto di Teodorico quanto per la legge visigotica, come il sistema successorio, così il

(1) Planck, *Erklärung d. Tacitus' schen Germania*, 1866, p. 33.

(2) Sybel, op. cit., p. 12.

(3) Freytag, op. cit., p. 70.

(4) Thudichum, op. cit., p. 114.

(5) Glasson, op. e loc. cit., p. 586; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino 1890, p. 455.

(6) Glasson, op. e loc. cit., p. 596-97.

fondamento del diritto successorio fu improntato al diritto romano. Ciò si può spiegare con quelle stesse cause, che indussero gli Ostrogoti, e fino ad un certo punto anche i Visigoti, ad adottare le istituzioni politiche romane, e principalmente dal lungo contatto che i Goti in generale avevano avuto con i Romani, e che aveva portata la loro civiltà al grado che ne mostrano le loro leggi (1).

**49.** Che l'editto di Teodorico riproducesse quanto alla successione intestata il sistema del Codice teodosiano, si rileva evidentemente dai capitoli che si occupano della successione.

Quanto invero alla capacità di succedere l'editto prevede solamente quei casi che al legislatore sembrarono di maggiore importanza, rimettendosi per gli altri alle leggi romane, come dimostra il complesso delle disposizioni intorno alla successione legittima. Il capitolo 31 così suona: *Nè quis voluntatem suam facere volenti (l. volentem) aut testes quolibet nomine deterreat, aut contradictor extiterit; cum si quid actionis fuerit, eam legibus adversus haeredem possit exercere.* Ed il capitolo 33: *Is qui ab intestato defuncti sperat haereditatem, si volentem testatorem prohibeat facere testamentum, tamquam ab indigno eius haereditas auferatur.* Sicchè colui che aveva impedito al defunto di fare testamento era escluso come indegno dalla successione dello stesso.

Quanto poi all'ordine successorio si ha il capitolo 23, il quale dice: *Si quis intestatus mortuus fuerit, is ad eius successionem veniat, qui inter agnatos atque cognatos gradu vel titulo proximus invenitur, salvo iure filiorum ac nepotum.* Questo capitolo ne mostra che erano preferiti a tutti i figli ed i nipoti (*haeredes sui*), e che dopo venivano gli agnati prima e poi i cognati, e tra gli agnati i più prossimi di grado nella stessa guisa che tra i cognati (*inter agnatos atque cognatus* gradu *vel* titulo *proximus*). Che se qualche dubbio potesse per avventura sorgere circa l'ordine successorio cui accenna il capitolo 23 dell'editto di Teodorico, esso sparirebbe leggendo il cap. 24: *Fiscus tunc agat, quando nec parentum, nec filiorum, nec nepotum, nec agnatorum, nec cognatorum, nec uxoris et mariti quae succedat extare comperitur persona, secundum legum veterum constituta.* Da queste ultime parole poi risulta evidentissimo come Teodorico volle conservare inalterato il sistema successorio romano così come era ai suoi tempi anche per la successione del fisco. *Nobis enim*, egli dice nel medesimo capitolo, *sicut principes voluerunt, ius cum privatis volumus esse commune.*

Ed ispirandosi ancora al romano diritto vigente ai suoi tempi, Teodorico dispose che agli ecclesiastici morti senza eredi, dovesse succedere la Chiesa a preferenza del fisco (2), ai curiali la curia (3).

Norme speciali infine erano dettate per la successione dei condannati, per qualsiasi crimine, poichè a costoro succedevano i figli, ed in mancanza gli agnati ed i cognati fino al terzo grado soltanto, e, mancando anche questi, il fisco (4). Che se il condannato era un curiale, il diritto di percepirne l'eredità spettava ai soli figli, poichè, mancando questi, l'eredità si devolveva alla curia. Che se infine la condanna era per delitto di lesa maestà, nemmanco i figli succedevano, e tutto il patrimonio del defunto si acquistava dal fisco (5).

**50.** Non la medesima cosa può dirsi della legge visigotica, poichè essa contiene disposizioni minute intorno alla successione legittima, e non si rimette completamente al diritto romano come fa l'editto di Teodorico. Dal breve cenno che ora faremo intorno all'ordine successorio determinato dalla legge visigotica, sarà facile scorgere come questa non al sistema determinato dal Codice Teodosiano si ispirasse. La legge visigotica fonda il suo sistema successorio sui vincoli del sangue senza distinzione alcuna tra agnati e cognati, e senza quindi ammettere la preferenza dei primi sui secondi, e senza distinzione di sesso, poichè le donne concorrevano con i maschi, ed a questi erano preferite se di grado più prossimo (6).

Quanto alla capacità di succedere la legge visigotica contiene parecchie disposizioni. Erano capaci coloro che al tempo dell'apertura della successione erano già concepiti, e quindi i postumi concorrevano egualmente con gli altri eredi dello stesso grado (7). Però non era sufficiente la concezione, e la legge richiedeva anche la vitalità, la quale si aveva quando il neonato avesse vissuto almeno dieci giorni o fosse stato battezzato (8).

Come indegni poi potevano essere diseredati i figli che avessero percosso i genitori, o li avessero gravemente offesi o pubblicamente accusati di un delitto. In questi casi però il genitore poteva perdonarli e ritirare la disposizione che li diseredava (9). Come indegni erano esclusi quelli, che falsavano o celavano la volontà del defunto (10).

La legge visigotica in prima linea chiama all'eredità del defunto genitore, sia padre o madre, i figli senza distinzione di sesso e senza distinzione di beni, sicchè le figlie concorrevano egualmente con i figli a tutti i beni del defunto (11).

Ciò, se i figli erano nati tutti dal medesimo matrimonio; che se erano nati da diversi matrimoni, tutti succedevano egualmente nell'eredità del genitore comune, mentre ciascuno poi era chiamato, ad esclusione degli altri, nell'eredità del genitore proprio (12).

Se tra i figli alcuni avevano ricevuto qualche donazione in occasione di nozze, dovevano porla in collazione nel formare la quota (13); che se i figli erano morti, lasciando eredi, questi erano chiamati a preferenza di tutti gli altri congiunti, quindi venivano prima i nipoti, poscia i pronipoti e così di seguito in infinito (14). La legge visigotica ammette la rappresentanza nella linea discendente, sicchè i nipoti, *ex filio*, erano chiamati nella quota del loro genitore all'eredità dell'avo o dell'ava (15).

Alla linea discendente segue l'ascendente, ed anche in questa i più prossimi escludevano i più remoti, sicchè venivano i genitori, padre e madre, prima; poi gli avi (16). Però la legge visigotica quanto agli avi pone una distin-

(1) Cf. Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, p. 24 e *Feudalità*, parte III, capo I, ne l'*Enciclopedia giuridica*.
(2) *Edict. Theod.*, 26, cf. Cod. Theodos. *de bon. cler.*, v, 3.
(3) *Edict. Theod.*, 27, cf. Cod. Theodos. *de bon. decur.*, v, 2.
(4) *Edict. Theod.*, 112, cf. Cod. Theodos., IX, 42, 2.
(5) *Edict. Theod.*, 113.
(6) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 9, 10.
(7) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 19.
(8) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 17, 18.
(9) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 1.
(10) *Lex Wisigoth.*, VII, 5, 4.
(11) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 1.
(12) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 5.
(13) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 3.
(14) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 4.
(15) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 2.
(16) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 2.

zione, poichè se erano superstiti l'avo paterno e l'avo materno, essi dividevano egualmente le sostanze del nipote premorto; che se erano in concorso l'avo paterno e l'ava materna, o l'avo materno e l'ava paterna, allora essi dividevano egualmente le sostanze acquistate dal nipote, mentre i beni aviti andavano all'avo di quella linea, donde i beni erano pervenuti al defunto, e però i beni pervenuti dalla linea paterna all'avo od all'ava paterna, i beni pervenuti dalla materna all' avo od all'ava materna (1).

In mancanza di discendenti e di ascendenti erano chiamati i collaterali (2). E prima tra questi i fratelli e le sorelle. Se il defunto aveva fratelli o sorelle congiunti da amendue i lati, e fratelli o sorelle consanguinee, quelli erano preferiti a questi. Se invece i fratelli e le sorelle erano congiunti al defunto da un sol lato, essi succedevano solo in quei beni pervenuti al fratello defunto dal genitore comune (3).

Nella linea collaterale non era ammessa la rappresentanza, e se i nipoti venivano alla successione per proprio diritto, succedevano per capi e non per stirpi (4).

Se mancavano fratelli e sorelle, venivano chiamati gli altri collaterali sia della linea paterna, sia della materna (5), fino al settimo grado (6), in modo che i più prossimi escludessero i più remoti.

Che se mancavano parenti fino al settimo grado, la legge visigotica chiama alla successione il coniuge superstite (7). Inoltre la stessa legge accorda un diritto speciale alla vedova, che avesse serbata la vedovanza; poichè assegna alla stessa sull'eredità del defunto marito una quota eguale a quella dei figli, ma in solo usufrutto (8).

Però al coniuge superstite andavano le donazioni fatte dall'altro coniuge in occasione del matrimonio, od anche dopo. I beni compresi in queste donazioni erano goduti in usufrutto, se esistevano figli, o in piena proprietà in caso contrario. Che se il coniuge superstite moriva intestato, questi beni andavano agli eredi del coniuge donante. La vedova poi perdeva tutto, usufrutto e proprietà, se adulterava (9).

Infine, mancando parenti fino al settimo grado ed il coniuge, l'eredità era raccolta dallo Stato, salvo che il defunto non fosse stato un ecclesiastico, poichè allora invece dello Stato succedeva la Chiesa (10).

Queste in breve erano le norme che nel diritto visigotico regolavano la successione legittima. Esse si ispirano al diritto romano, ma non sono, come nell'editto di Teodorico la riproduzione di questo e hanno anche delle note caratteristiche, che il lettore può facilmente rilevare, tenendo presenti le norme che nel romano diritto regolavano la successione intestata.

**51.** Anche quanto alla successione testamentaria e l'editto di Teodorico e la legge visigotica si ispirano al romano diritto. Ma tra le due legislazioni si notano alcune differenze dipendenti dal fatto che il legislatore ostrogoto riproduce le disposizioni del diritto romano vigenti ai suoi tempi; il legislatore visigoto invece mira a fare un diritto che rispondesse alle abitudini, alla civiltà ed all'indole del popolo venuto fuori dai Visigoti e dai Romani.

(1) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 6.
(2) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 2.
(3) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 4.
(4) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 8.
(5) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 7.
(6) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 11.
(7) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 11.
(8) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 14.

L'editto di Teodorico non pone alcuna limitazione nella facoltà di fare testamento, e si rimette completamente al diritto romano vigente, quando nel cap. 28 dice: « Faciendorum testamentorum omnibus, quos testari leges permittunt, damus late licentiam ». Sicchè, secondo l'editto di Teodorico, avevano la *testamenti factio activa* tutti coloro cui la concedevano le leggi romane, i quali potevano fare in ogni caso testamento, anche nella esistenza di discendenti, salvo naturalmente la legittima a questi riservata.

La legge visigotica non determina minutamente coloro che avevano la capacità di disporre per testamento, rimettendosi quindi alle norme romane. Perdeva certo tale capacità colui che si rendeva reo di parricidio; cioè della uccisione di un prossimo parente ed i suoi beni andavano tutti ai figli od eredi dell'ucciso, se il reo non lasciava figli, per la metà se lasciava figli e questi non avevano preso parte al reato. Che se l'ucciso non aveva eredi, i beni dell'uccisore andavano al fisco. « Nam, dice la legge, homicida nec facultatibus suis liberatus utetur, etiamsi poena mortis evadere mereatur (11) ».

Ma anche coloro i quali avevano la piena facoltà di testare, in generale non potevano fare testamento, nella esistenza di discendenti (12). E qui si scorge la influenza delle antiche consuetudini germaniche, per le quali quella specie di comunione di famiglia, di cui innanzi si è discorso, faceva escludere il testamento. L'influenza del diritto romano e della Chiesa mitigò questo rigorismo dell'antico diritto germanico, anche nella esistenza di figli e discendenti, come avrassi occasione di vedere più innanzi.

Quanto poi alla capacità di ricevere per testamento (*testamenti factio passiva*) l'editto di Teodorico non dice cosa alcuna, ma come esso si è richiamato alle leggi romane per ciò che riguarda la capacità di disporre per testamento, implicitamente si rimette alle stesse per la capacità di ricevere per testamento. Teodorico però prevede un caso d'incapacità di ricevere derivante da indegnità, quando dispone che colui il quale avesse costretto il *de cuius* a fare testamento a suo favore non potesse giovarsi del testamento medesimo, dovendo questo essere la libera espressione della volontà del defunto (13).

La legge visigotica quanto alla capacità di ricevere per testamento è anch'essa muta, e anch'essa quindi si rimette alle disposizioni del diritto romano, al quale si ispirava ed il quale trattava largamente di tale materia. Naturalmente, e ciò può desumersi anche da una legge, le disposizioni forzate o falsate non potevano giovare a colui che aveva costretto il testatore, o ne aveva falsata la volontà (14).

**52.** Come pel resto, così ancora per la forma del testamento l'editto di Teodorico ricava le sue disposizioni dal diritto romano. Invero esso dispone: « ut septem aut quinque testes ingenui ac puberes in conspectu testatoris, uno tempore, eodem rogante subscribant » (15). Alcuni scrittori dicono che, richiamandosi l'editto alle leggi romane, quella disposizione vuol essere coordinata con

(9) *Lex Wisigoth.*, III, 1, 5; V, 2, 4, 5.
(10) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 12.
(11) *Lex Wisigoth.*, VI, 5, 17, 18.
(12) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 20.
(13) *Edict. Theod.*, 30.
(14) *Lex Wisigoth.*, V, 2, 1; VII, 5, 5.
(15) *Edict. Theod.*, 28.

queste leggi, e che quindi non fosse a libito del testatore il far intervenire al testamento cinque o sette testimoni; sibbene che in linea ordinaria, e cioè nel testamento noncupativo, si richiedesse la sottoscrizione di sette testimoni, in linea straordinaria, e cioè nel testamento *ruri conditum* bastasse l'intervento di soli cinque. Questa interpretazione sarebbe confortata secondo questi scrittori (1), da un altro capitolo dell'editto, dove si legge: « Barbaris, quos certum est reipublicae militare, quomodo voluerint et potuerint, faciendi damus testamenti, sive domi sive in castris fuerint constituti » (2). Da questo capitolo si rileverebbe secondo tale opinione, che i barbari, e cioè gli Ostrogoti, i quali costituivano l'esercito del regno, potessero fare il testamento a loro piacimento, val quanto dire tanto con la forma ordinaria quanto con la straordinaria, e ciò sia che si fossero trovati in campo (*quomodo potuerint*) sia che in città (*quomodo voluerint*).

Ora se tale interpretazione è per certo accettabile ed esatta (3) non lo stesso può dirsi dell'argomento tratto dal cap. 32 dell'Editto. Invero il *Papiano* o *Lex romana Burgundionum* contiene le medesime disposizioni dell'Editto di Teodorico circa il numero di testimoni (cinque o sette) (4); ma quando parla dei testamenti dei soldati dice che a questi fosse lecito farli senza l'intervento del numero dei testimoni prescritto (5). Non potrebbe quindi dirsi che il numero di cinque testimoni fosse richiesto pel testamento dei soldati. Io credo che l'Editto di Teodorico, come il Papiano, si riferiscano alle due forme di testamento ordinaria l'una, o la quale richiedeva sette testimoni, straordinaria l'altra, che ne richiedeva cinque, forme le quali, si riferiscono al testamento noncupativo l'una, al testamento *rusticorum* l'altra. I barbari invece non erano tenuti alle solennità nè dall' una nè dall'altra forma, e i loro testamenti erano validi qualunque fosse stato il numero di testimoni intervenuti.

Un'altra disposizione riguardante i testamenti ordinarii diede Teodorico, quando ordinò che, non potendo o non sapendo il testatore sottoscrivere, si dovesse aggiungere, per render valido il testamento, un altro testimone fededegno (6).

Infine per dare ai testamenti maggiore solennità, riportandosi alle leggi romane (*sicut leges praecipiunt*) dispose che fossero alligati (7).

La legge visigotica, a differenza dell'Editto di Teodorico, è più minuta nel discorrere della forma dei testamenti, ma contiene delle disposizioni speciali, che hanno un carattere proprio e le quali potrebbero dirsi ispirate al legislatore visigoto del diritto romano-greco, e consigliate dal clero e dalle condizioni del popolo.

Essa non determina il numero dei testimoni richiesti nelle diverse forme di testamenti ordinarii, ma, quando dice « *cum legitimis testibus* » (8), fa chiaramente comprendere che il numero dei testimoni sia quello determinato dalle leggi romane, poichè, come si è avuto occasione di vedere, il diritto visigotico si ispira maggiormente al diritto romano giustinianeo.

Il testamento poteva essere scritto o noncupativo od orale. Il primo o poteva essere sottoscritto dal testatore e dai testimoni, ovvero roborato dai segni dell'uno e degli altri. Nell'uno e nell'altro caso il testamento tra sei mesi doveva essere fatto pubblicare innanzi ad un sacerdote. Che se il testatore non sapeva o non poteva sottoscrivere o apporre il segno, poteva invitare un terzo che sottoscrivesse od apponesse il segno per lui; in tal caso fra sei mesi e il terzo e i testimoni, che avevano sottoscritto il testamento, dovevano giurare innanzi al giudice che quella era veramente la volontà dal defunto loro manifestata (9).

Il testamento noncupativo si aveva quando il testatore alla presenza di legittimi testimoni dichiarava la sua ultima volontà, senza che questa si traducesse in iscritto; ed in tale ipotesi il testamento acquistava forza, solo quando fra sei mesi i testimoni si presentavano innanzi al giudice e dichiaravano la volontà loro confidata dal defunto sotto giuramento. Di questa dichiarazione giurata si redigeva processo verbale che veniva sottoscritto tanto dal giudice quanto dai testimoni (10).

Oltre queste forme di testamenti ordinarii ve ne erano di straordinarie. Quando un cittadino si trovava in viaggio in una pubblica spedizione ed era necessitato fare testamento, poteva scriverlo tutto di suo pugno, senza bisogno d'intervento di testimoni. Che se non sapeva o era nella impossibilità di scrivere poteva affidare la sua volontà ai suoi servi. Spettava poi al vescovo od al giudice indagare se i servi dicevano il vero, facendo loro giurare quali si fossero gli ultimi voleri del defunto, i quali venivano fermati in un atto, sottoscritto dal giudice o dal vescovo, atto che acquistava piena forza però solo con la conferma dell'autorità regia (11).

Tutte le forme scritte di testamento dovevano fra sei mesi essere pubblicate innanzi ad un sacerdote ed a testimoni (12).

**53.** Quanto al contenuto del testamento l'editto di Teodorico non dice alcuna cosa; esso quindi si rimette completamente al diritto romano vigente ai suoi tempi, ciò che chiaramente è rilevato dal complesso delle poche disposizioni che l'Editto contiene intorno al diritto successorio.

Non così invece la legge visigotica. È vero che anche questa non è minuta, come potrebbe desiderarsi, ma contiene sufficienti disposizioni che possono darci una chiara idea della materia.

Il principio originario della legge visigotica si era che, nella esistenza di figli o discendenti, i genitori od ascendenti non potessero fare testamento. Questo principio venne mitigato, e non solamente fu dato ai genitori di avvantaggiare la posizione di uno dei figli, ma ancora di disporre di una piccola parte delle loro sostanze a beneficio di estranei.

Infatti era dato facoltà agli ascendenti di disporre di una terza parte del loro patrimonio a favore di un figlio o di un nipote, e di un'altra quinta parte a favore di liberti o di chiunque altro estraneo (13). Sicchè il resto costituiva una specie di legittima che dividevasi egualmente tra tutti i figli. Però il terzo ed il quinto potevano distaccarsi dal patrimonio assoluto del testatore, non quindi da quei beni ch'egli aveva ricevuto per do-

(1) Abignente, *Il diritto successorio nelle provincie napoletane*, Noli 1881, p. 15.
(2) *Edict. Theod.*, 32.
(3) Anch'io ho accettato questa interpretazione nella mia *Storia del diritto*, I, p. 36.
(4) *Pap.*, 45, 2.
(5) *Pap.*, 45, 3.
(6) *Edict. Theod.*, 29.
(7) *Edict. Theod.*, 72.
(8) *Lex Wisigoth.*, II, 5, 12.
(9) *Lex Wisigoth.*, II, 5, 12.
(10) *Lex Wisigoth.*, II, 5, 12.
(11) *Lex Wisigoth.*, II, 5, 13.
(12) *Lex Wisigoth.*, II, 5, 14.
(13) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 1.

nazioni regie (1), del cui carattere io ho avuto occasione di discorrere in altro mio lavoro (2).

Queste disposizioni han riguardo anche alla madre. Però questa, anche avendo figli o discendenti, poteva disporre di una quarta parte della dote ricevuta dal marito a beneficio di chiese, liberti od estranei (3). Che se poi ella, oltre la dote, aveva ricevuto altro in dono dal marito, ed aveva figli o discendenti, era libera di disporre solo del quinto, dovendo le altre quattro parti essere riservate a questi (4). Ma quando la madre aveva figli di più letti non poteva disporre di alcuna parte della dote ricevuta dal primo marito a favore dei figli del secondo (5).

Non avendo il testatore figli o discendenti, poteva liberamente disporre di tutte le sue sostanze, senza che il suo testamento potesse essere attaccato dagli ascendenti o dai collaterali (6). Ed è notevole questo fenomeno che nelle leggi barbariche, le quali più si ispirano al diritto romano per quanto riguarda la successione testata, e nelle leggi romane fatte per i Romani, soggetti ai barbari, il concetto della legittima ne si mostra limitatissimo. Ciò devesi principalmente all'influenza del clero che, restringendo il concetto della legittima, avvantaggiava la posizione degli enti ecclesiastici, a cui favore erano la maggior parte dei testamenti in quell'epoca. Per la legge visigotica invero, che ebbe a più fortemente subire l'influenza del clero, si è visto come tolti i figli ed i discendenti, nessun altro parente avesse diritto ad una quota di riserva. Pel Papiano la riserva era determinata a favore dei figli e nipoti e della madre: i fratelli e le sorelle non potevano agire con la querela di inofficioso testamento (7). Nel Breviario di Alarico si hanno quasi le identiche disposizioni che nel Papiano (8).

54. Quanto alle donazioni *mortis causa*, l'editto di Teodorico nessuna innovazione apportò a ciò che disponeva il diritto romano dei suoi tempi, ed esso come per altre cose, anche per tali donazioni a quel diritto si richiama, e solo determina le formalità necessarie per le donazioni sia di cose mobili che di immobili (9).

La legge visigotica invece contiene disposizioni più minute e che hanno una speciale importanza pel nostro argomento. Essa distingue le donazioni con tradizione della cosa o della carta, dalle donazioni senza tradizione. Le prime erano assolutamente irrevocabili; non così le seconde, poichè il donante poteva mutare la sua volontà, e quindi disporre diversamente delle stesse cose. Ed anche non mutando la volontà, se il donatario premoriva, la cosa non passava ai suoi eredi ma restava nella libera disponibilità del donatore. Revocabili ancora erano le donazioni con riserva di usufrutto vita durante, le quali più che a donazioni erano rassomigliate a disposizioni di ultima volontà. Non lo stesso carattere aveva quella donazione, mercè la quale il donante trasferiva la cosa al donatario, e poi col consenso di questo, ne riteneva il possesso, poichè in tal caso, premorendo il donatario, la cosa andava agli eredi di lui e non al donante (10).

### § 3. — *Il Diritto successorio nelle altre legislazioni Germaniche. Della successione intestata.*

55. Discorrendo del diritto successorio presso i Germani se n'è visto il fondamento, il quale si riscontra nella costituzione della famiglia e nell'ordinamento della proprietà fondiaria. Ma si osservò pure come erasi cominciata a manifestare una lotta tra l'agnazione e la cognazione, lotta che devesi attribuire principalmente alla trasformazione che già erasi iniziata nell'ordinamento della proprietà fondiaria, la quale aveva acquistato un carattere familiare-individuale.

Dopo le invasioni, la costituzione della famiglia germanica non mutò essenzialmente, ma sotto l'influenza della civiltà dei vinti, cominciò a perdere e andò poi sempre più perdendo l'importanza che aveva avuta nella vita politico-sociale dei Germani. Il vincolo diciamo così familiare si restrinse a poco a poco al vincolo di sangue o civile, perdendo di forza il vincolo politico. D'altra parte l'ordinamento della proprietà fondiaria si trasformò sotto l'influenza del diritto romano, e si cominciò a manifestare quella tendenza all'individualismo nella proprietà, che doveva poi prendere il totale sopravvento. La proprietà fondiaria quindi non appartenne più alla comunità della marca, ma al padre-famiglia, non come ad individuo ancora, sibbene come al rappresentante della famiglia, nel più ristretto significato. Ciò dipese in parte dalla tradizione che già s'era andata formando tra i Germani, di una proprietà fondiaria familiare; in parte dal modo di distribuzione delle terre, seguito dalla maggior parte degli invasori, poichè, col sistema dell'acquartieramento, a ciascun padre-famiglia venne data una quota delle terre dei vinti, quota da dover servire per tutta la famiglia, la quale così, in forza della distribuzione stessa, veniva ad acquistare quasi un diritto sulla quota ricevuta dal capo di essa; in parte ancora dall'importanza che ebbe la proprietà fondiaria, la quale a poco a poco addivenne la base dei diritti e dei doveri dei cittadini, e quindi importava moltissimo ai membri di una famiglia che quella proprietà fosse conservata.

Però l'antico ordinamento della famiglia germanica ebbe pure la sua influenza nel determinare l'ordine successorio dopo le invasioni, anche perchè quell'ordinamento restò in vita per certi istituti, come per la composizione e per la vendetta. Ed è però che il diritto successorio non si limitò ai membri della famiglia, presa questa parola nel più ristretto senso; sibbene si estese ai parenti fino ad un certo limite, determinato diversamente nelle varie legislazioni. Ma anche questa influenza non ebbe la forza primitiva, e ben presto, come dimostrano i più antichi monumenti del diritto germanico dopo le invasioni, il morituro poteva in mancanza di discendenti o di parenti più stretti, assegnare le sue sostanze in tutto od in parte ad un estraneo, prima mercè atti tra vivi, e poscia anche con atti di ultima volontà. È vero che, almeno originariamente, quelle donazioni per essere valide avevano bisogno del concorso dell'assemblea locale e del re, quasi che esse venissero a menomare il diritto della comunità e poscia del fisco; ma non è men vero che tutto ciò si ridusse ad una formalità, ed il principio che, in mancanza di coloro i quali avevano un diritto diretto ed immediato sui beni familiari, il morituro potesse crearsi, diciam così, un erede estraneo, prese il sopravvento, e fu universalmente accettato.

Presso i Franchi Salii, il cui sistema di occupazione fu completamente diverso da quello tenuto dagli altri

(1) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 1.
(2) Ciccaglione, *Feudalità*, parte I, cap. II, § 5 nell'*Encic. Giur.*
(3) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 2.
(4) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 4.
(5) *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 2.
(6) *Lex Wisigoth.*, IV, 2, 20; IV, 5, 2
(7) *Pap.*, 45, 4, 5, 6, 7.
(8) *Brev. Alar.*, 10, 5 a 7.
(9) *Edict. Theod.*, 51, 52, 53.
(10) *Lex Wisigoth.*, V, 2, 6.

barbari, sia Borgognoni, sia Langobardi, sia Visigoti la tradizione germanica originaria fu più fortemente conservata. È opinione generalmente accettata, appunto perchè la più vera e la più dimostrata, che i Franchi Salii non tolsero ai Romani di quelle contrade delle Gallie che essi occuparono, una parte delle terre, accontentandosi delle terre restate vacanti e di quelle che si appartenevano al fisco. Pare però che, nel distribuirsi queste terre, essi avessero seguito l'antica consuetudine germanica, e cioè che tutto un tratto di territorio fosse assegnato alla marca, e da questa poi divisa fra i suoi membri, in modo che la parte assegnata a ciascun membro restasse nell'alto dominio della marca medesima, e che l'assegnatario ne avesse quasi un semplice usufrutto sua vita durante. Ciò potrebbe per avventura rilevarsi del titolo della legge Salica *de migrantibus*, del quale io ho avuto occasione di occuparmi in altro lavoro (1). Da questo titolo invero si rileva che i marchigiani formavano una consociazione di mutua guarentigia, e che la marca aveva terre comuni, cioè non distribuite, le quali però potevano essere assegnate a qualcuno, col consenso di tutti. Ora questo assegno non toglieva certo il diritto della consociazione sulla terra stessa; diritto che persisteva e risorgeva certamente alla morte dell'assegnatario. Sicchè originariamente la marca aveva essa il diritto di proprietà sulle terre, sia su quelle distribuite ai marchigiani, sia su quelle restate in comune e le quali pure potevano essere distribuite; solo più tardi questo diritto della marca fu vinto dal diritto dei membri della famiglia.

Ma quello che più mi conferma in questa opinione si è un editto del re Chilperico, il quale così suona: «.... placuit atque convenit, ut si cumque vicinos habens aut filios aut filias post obitum suum purstitus fuerit, quamdiu filiis advixerit (l. advixerint) terra habeant, sicut et lex salica habet. E si subito filios (l. filii) defuncti fuerint, filio (l. filia) simili modo accipiant (l. accipiat) terras ipsas, sicut et filii si vivi fuissent aut habuissent. Et si moritur, frater alter superstitus fuerit, frater terras accipiant (l. accipiat) non vicini. Et subito frater moriens, frater non derelinquerit superstitem, tunc soror ad terra ipsa accedat possidenda...... ».

Dunque è tanto vero che originariamente presso i Franchi Salii la distribuzione delle terre fu fatta nel modo suddetto, che i vicini, e cioè i marchigiani, anche ai tempi di Chilperico, alla morte di un commarchigiano, pretendevano rientrare nel possesso delle terre da questo possedute. E si noti che l'editto non parla che di terre, poichè pei mobili la marca non aveva, anche prima delle invasioni, alcun diritto successorio immediato. Dunque la proprietà fondiaria, ai tempi di Chilperico, non aveva acquistata ancora, nonchè carattere individuale, neppure precisamente carattere familiare, e dovette intervenire il sovrano con la sua autorità, per tutelare i diritti dei figli e dei fratelli e delle sorelle contro le pretese dei vicini o marchigiani (2). Nè debbe far meraviglia che, pur essendovi la legge salica, alla quale si richiama l'Editto di Chilperico, i vicini potessero affacciar di simili pretese, perchè, a prescindere che la legge salica era un *pactum* che sanciva le consuetudini popolari, e che quindi potessero esservi alcune tribù che avessero una consuetudine diversa, la legge salica nel titolo *de alodis* parla di *terra*, e secondo l'opinione più generale la voce *terra* si riferisce alla *seliland*, e cioè alla terra che circondava la casa, e la quale solamente aveva acquistato un carattere recisamente familiare. Ma su tale argomento avrassi occasione di ritornare più innanzi.

I Franchi Salici, che conservarono e tradussero più fedelmente nella loro legge le consuetudini originarie, ne apprendono anche un'altra particolarità, che è un avanzo, secondo l'opinione di molti (3), dell'antico matriarcato. Invero, alla successione di colui che moriva senza discendenti veniva chiamata la madre e poi i fratelli e le sorelle, e, mancando anche questi, la sorella della madre:

1) « Si quis mortuus fuerit et filios non dimiserit, si mater sua superfuerit, ipsa in haereditatem succedat; 2) Si mater non fuerit et fratrem aut sororem dimiserit, ipsi in haereditatem succedant; 3) Tunc si ipsi non fuerint soror matris in hereditatem succedat » (4).

Alcuni dicono che simile disposizione, anzichè essere un avanzo del matriarcato, miri a compensare le donne dall'esclusione dell'eredità degli immobili, ma questa opinione non sembra accettabile, poichè allora anche la sorella del padre avrebbe dovuto essere ammessa e non solamente la sorella della madre. Altri dicono che la legge salica non menziona il padre accanto alla madre, perchè il diritto del primo era indiscusso, mentre il diritto della seconda era un'innovazione, ma questa interpretazione non spiega la preferenza della sorella della madre (5). A voler stare al più antico testo della legge salica bisogna convenire che questa conservasse un'antica consuetudine, per la quale la parentela femminile fosse preferita alla maschile nelle successioni.

Ma generalmente presso i popoli di stirpe germanica, dopo le invasioni, la lotta che già prima erasi iniziata fra l'agnazione e la cognazione tra quelli della linea maschile e della linea femminile, piegò sempre più verso la preferenza e la prevalenza dei parenti del ramo maschile e cioè dell'agnazione. Ciò devesi principalmente spiegare per l'importanza che andò acquistando la proprietà fondiaria e pel sistema ancora dei beneficii, che avviava la proprietà fondiaria a quell'ordinamento feudale che doveva predominare nel periodo seguente. Se la proprietà fondiaria era, può dirsi, l'unica fonte della ricchezza, se essa era la base del lustro della famiglia, se da essa si misurava la posizione di un cittadino nella società politica, se da essa si misuravano i diritti ed i doveri di questo, ne doveva seguire come necessaria conseguenza che i membri maschi di una famiglia, quelli cioè che ne proseguivano la tradizione dovessero mirare alla conservazione della proprietà stabile, e ad impedire che questa andasse per mezzo dei parenti del lato materno o per mezzo delle donne ad altra famiglia. Ed ecco perchè le stesse alienazioni d'immobili richiedevano l'intervento dei parenti più prossimi; ecco perchè presso i popoli nordici colui che voleva alienare uno stabile, doveva prima farne offerta al suo erede più prossimo, che era preferito ad ogni compratore (6). Ecco perchè quando alcune leggi mirarono ad equiparare la condizione delle donne a quella dei maschi,

(1) Ciccaglione, *Scabinato*, n. 11, nel *Digesto Italiano*.

(2) Gierke, *Erbrecht und Vicinenrecht* nella *Zeitschr. f. R. Gesch.*, XII, 1878, p. 430.

(3) Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, 1883; Heusler, *Instit. des deutsch. Privatrechts*, 1885-86, II, § 174; Glasson, op. e oc. cit., p. 615.

(4) *Lex Salica*, tit. 58.

(5) Waitz, *Das alte Recht des Sal. Franken*, p. 112; Amira, *Erbenfolge und Verwandschaftsgliederung nach den altriederdeutschen Rechten*, 1874; Rosin, *Comm. ad tit. legis Salicae*, LIX, *de alodis*, 1875.

(6) *Westgötolag*, C., a., x, 3.

od almeno assegnare a quelle una parte sugli stabili, questi cercarono sempre limitare gli effetti di tali leggi, assegnando alle donne i fondi acquistati di fresco dall'autore o i fondi sparsi, escludendole dai fondi aviti o dai fondi principali della famiglia (1).

Contro questa tendenza all'esclusione delle donne combatteva la Chiesa, la quale arrivò a farla scomparire da qualche legge ed a mitigarla in qualche altra, e dove non potette influire sulla legislazione influì, a che, mercè testamenti e donazioni *mortis causa*, gli autori rimediassero all'ingiustizia della legge (2). Ma il principio giuridico contrario alle donne restò e resistette ed ebbe grande influenza sul diritto consuetudinario tanto in Italia, quanto in Francia, quanto in Germania ed altrove, come avrassi occasione di vedere in prosieguo.

Il diritto successorio inoltre, basando sul vincolo familiare, richiedeva che questo vincolo fosse legittimo; e però un tal diritto spettava per regola ai parenti legittimi e cioè a coloro il cui vincolo di parentela col *de cuius* si originava da giuste nozze. La parentela naturale non era generalmente tenuta in alcun conto, ed i figli naturali, salvo qualche eccezione, non concorrevano con i legittimi alla eredità paterna; qualche volta e per qualche legge concorrevano all'eredità materna con i figli legittimi, come presso i Westrogoti (3). E le giuste nozze richiedevano come un'essenzialità che gli sposi fossero di una medesima condizione, ond'è che i figli di matrimonio di disparaggio erano, come presso i Bavari, trattati quasi fossero figli naturali (4); e la figlia, che si univa in matrimonio con uno di condizione inferiore, aveva, come presso gli Alemanni, una quota minore delle altre figlie (5).

Se il diritto successorio aveva uno stretto rapporto col vincolo famigliare e con quella specie di comunione di famiglia che seguitò ad aver vita, anche dopo le invasioni, ne veniva come conseguenza che coloro i quali erano usciti fuori di quella comunione, sia rompendo la parentela, come presso i Franchi (6), sia abbandonando la famiglia o la patria, come presso i Westrogoti (7), sia uscendo dalla famiglia e facendo economia a parte, e costoro dicevansi *foris familiati* (8), non avessero diritto a succedere. È bene però osservare che i *foris familiati* avevano per lo più, o in occasione della emancipazione, od in occasione del matrimonio, una parte della sostanza familiare, in modo che può dirsi come essi ricevessero anticipatamente la quota di eredità. Questo costume continuò lungamente nell'evo-medio e fu regolarmente disciplinato dalle consuetudini (9). La necessità della coabitazione inoltre si ispirava ad un altro concetto, a quello cioè che tutti coloro i quali avevano un diritto alla proprietà familiare dovessero col loro lavoro contribuire ad accrescerla ed a mantenerla (10).

Dall'indole del diritto successorio germanico, seguiva che gli eredi avessero, in forza della comunione di famiglia, un diritto di aspettativa sui beni che costituivano l'eredità, un diritto in potenza, che veniva in atto alla morte di colui che era alla testa della comunione di famiglia. Sicchè l'erede esercitava quasi un diritto proprio, senza che fosse quindi considerato come continuatore della personalità giuridica del defunto: egli si trovava di diritto nel possesso delle cose ereditarie, senza bisogno di adizione, nè era di necessità possibile il concetto dell'eredità giacente.

Di qui si originò in Germania la massima: *Der Todt erbt den Lebendigen* (11), in Francia la massima: *Le mort saisit le vif* (12). Secondo quanto sopra si è detto questa massima ha un'origine tutta germanica, è cioè una conseguenza dell'indole del diritto successorio germanico; l'erede senza bisogno di adizione entra, alla morte dell'autore, nel possesso di quei beni sui quali egli già aveva un diritto preesistente (13). Però il Viollet non è di questa opinione accettata generalmente. Egli dice: « Le origini ed il senso primitivo di questo brocardo, che io riscontro per la prima volta nei costumi di Orléans del sec. XIII, sono, per me, molto imbarazzanti. Io credo che questa regola consuetudinaria è stata molto probabilmente formulata a Orléans sotto l'inspirazione dei romanisti: senza dubbio il diritto romano aveva formulato questa regola del tutto opposta: *Possessio nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet;* ma il *Corpus iuris* è un grosso libro e vi si possono trovare molte cose: ora si era notato quest'altro testo: *Possessio defuncti quasi iuncta descendit ad haeredem.* Infine vi era un certo interdetto *quorum bonorum*, accordato a colui che aveva ottenuto dal pretore il *possesso dei beni* di un defunto contro chiunque possedeva cose ereditarie, *pro erede* o *pro possessore.* Non v'è più pretore che possa accordare il possesso dei beni, perchè dunque non dare di pieno diritto ad ogni erede il beneficio, che una volta si aveva coll'interdetto *quorum bonorum?* Tali molto probabilmente sono i testi e tali le considerazioni che spinsero i nostri Orleanesi a proclamare questo principio: *Le mort saisit le vif*, che sembra una traduzione molto felice e molto concisa del principio latino: *Possessio defuncti quasi iuncta descendit ad haeredem* » (14). Questa opinione del Viollet, che a prima vista apparisce forzata, non è accettabile, poichè, quantunque nel diritto romano si trovi quest'ultima massima, pure per diritto romano era assolutamente necessaria l'adizione delle eredità, ed intanto il possesso dell'erede si aveva quasi come una continuazione di quella del defunto, in quanto si riteneva l'erede continuare la personalità giuridica del defunto, concetto questo assolutamente estraneo al diritto germanico, come già innanzi si è avuto occasione di dire.

Però se questi erano i principii che generalmente regolavano il diritto successorio (e dico diritto successorio e non successione intestata, perchè il testamento e le donazioni *mortis causa* solo in linea di eccezione e sotto altre influenze furono introdotte) pure questi principii ci si presentano con limiti e modalità diverse nelle varie

(1) *Uplandslag*, Arf. Bolkaer, 12, 13; *Helsingelag*, Arf. Bolk., 13, 2.

(2) Marculfi, *Form.*, II, 12.

(3) *Westgötolag*, c. a., VII, 8, 2.

(4) *Lex Baiuwar.*, XIV, 8, 2.

(5) *Lex Alamann.*, 57, 1, 2.

(6) *Lex Salica*, 60.

(7) *Westgötolag*, c. a., VII, 12, 2.

(8) Cf. Salvioli, op. cit., p. 451; Viollet, op. cit., p. 703; Esmein, *Thèse pour le doctorat*, p. 155 seg.

(9) Cf. Lehuërou, *Hist. des institutions coralingiennes*, p. 58, 59; Beaumanoir, c. 21, § 20, 21.

(10) Cf. *Westgötolag*, c. a., VII, 19; C. R., VI. 27.

(11) *Sachsenp.*, III, 83, § 1; *Saechss. Lehnr.*, 6, § 1; *Schwabensp.*, 271.

(12) Loisel, *Inst. cout.*, II, 5, 1; *Cout. de Locris-Orléans*, XII, 6; *Cout. de Chartres*, 94.

(13) Phillips nella *Zeit. f. geschichtl. Rechtswissensch.*, VII, p. 1 seg.; Reyscher, nella *Zeit. f. deutsch. Recht.*, V, p. 205; Schulte, *Lehrbuch. d. R. G.*, § 184.

(14) Viollet, op. cit., p. 714-15.

legislazioni germaniche. Queste differenze vogliono essere spiegate per più cause. E primieramente le diverse tradizioni di ciascuna tribù germanica, perchè tutto ne induce a credere che Tacito ne abbia dato l'idea generale del diritto successorio dei Germani, senza scendere alle particolarità delle diverse tribù, se si faccia eccezione pei Tenteri, particolarità di cui forse a lui non erano arrivate notizie precise. Un'altra causa di tali differenze vuolsi ritrovare nella maggiore o minore influenza della civiltà romana, e fino ad un certo punto può dirsi che la misura di tale influenza, almeno nei primi tempi, fu determinata dal sistema di occupazione. Ed infine a produrre tali differenze influì l'azione della chiesa e del suo diritto, influenza che operò più o meno fortemente, o più o meno presto presso i varii popoli barbari.

Presso i popoli nordici, dove l'influenza della civiltà romana fu pochissima e tarda, il diritto successorio che originariamente fu quello degli antichi Germani, poco sviluppo ebbe e poche trasformazioni, le quali voglionsi attribuire ad influenze locali, e cioè alla trasformazione lenta che subirono la costituzione della famiglia e l'ordinamento della proprietà fondiaria, trasformazione che già, come s'è visto, erasi iniziata ai tempi di Tacito, e che continuò lentamente fino a che le consuetudini popolari furono presso quei popoli tradotte in iscritto. E influì ancora, quantunque in limiti più ristretti che presso gli altri popoli di stirpe germanica, la Chiesa con il suo diritto, dopo che la religione cristiana fu introdotta ed adottata presso quei popoli.

**56.** Veduto così quali fossero i caratteri più accentuati del diritto successorio germanico, è uopo, prima che passiamo a discorrere dell'ordine successorio, vedere quando si avesse la capacità di succedere e quando questa capacità venisse meno per indegnità.

Come può rilevarsi da quanto innanzi si è detto, tutti coloro che erano legittimamente uniti in vincoli di parentela col defunto, nei limiti dei gradi ammessi dalle diverse leggi, erano capaci di succedere nel grado cui essi appartenevano. Era però necessario perchè uno avesse la capacità che fosse concepito e che nascesse vivo e vitale. Che la concezione desse diritto all'eredità si rileva dalle leggi germaniche, per le quali se uno moriva, lasciando la moglie incinta e si accertava l'incizione, la donna restava in possesso delle cose del marito per conservarle al figlio nascituro; che, se esisteva un altro figlio, la vedova incinta restava con questo in possesso delle cose del marito, per conservarne la quota al nascituro (1). Ma la concezione non bastava, erano necessarie ancora la vita e la vitalità. Si è già visto quali criteri avesse adottato il diritto visigotico per determinare la vitalità. Gli altri diritti sono completamente muti al riguardo (2). Solo alcune leggi dànno criteri vari come, per esempio, la legge vestrogotica, che richiedeva il neonato fosse battezzato (3), e l'alemannica per la quale il neonato doveva esser vissuto per un'ora ed aver aperto gli occhi sì da vedere il cielo e le pareti della casa (4). Per diritto germanico quindi i postumi avevano gli stessi diritti di coloro che si trovavano nel medesimo grado, ed ecco perchè le leggi proibivano alla vedova di passare a seconde nozze, prima che fosse trascorso l'anno del lutto (5).

Se una delle condizioni del diritto successorio presso i Germani era la legittimità delle nozze, ne seguiva che i nati da matrimoni proibiti fossero assolutamente esclusi. Così gli adulterini erano dichiarati incapaci espressamente dalle leggi langobarde (6), le quali più esplicitamente estendono l'incapacità ai nati da qualsivoglia matrimonio proibito (7) e quindi anche agl'incestuosi. Le leggi nordiche escludevano assolutamente gli adulterini dalla eredità del loro padre (8), ma non è detto se essi fossero esclusi anche dall'eredità della madre loro. Però siccome quelle stesse leggi chiamano alla eredità materna tanto i legittimi quanto i naturali, senza fare alcuna distinzione, pare che vi fossero chiamati anche agli adulterini (9).

Quanto ai figli naturali semplici molte legislazioni germaniche li escludono o espressamente o tacitamente. Qualcuna consiglia ai figli legittimi di dare qualche cosa ai fratelli loro naturali (10). La legge langobarda concede dei diritti ai figli naturali semplici in concorso non solo con i parenti legittimi e con le figlie legittime del *de cuius*, ma anche in concorso con i figli stessi legittimi (11). Però Liutprando, sotto l'influenza della Chiesa, che condannava il concubinato e anche la semplice fornicazione, tolse un tal diritto ai figli naturali (12) come avrassi occasione di vedere più distesamente in prosieguo. Nei diritti nordici originariamente ai figli naturali si riconosceva un diritto alla successione paterna, ma poi questo diritto venne loro tolto. Così presso i Vestrogoti ciò avvenne sotto il laghmann Folke, il quale, secondo il Nordström, sarebbe vissuto sul principio del secolo XIII, e il Codice antico della legge vestrogotica esclude dalla successione paterna i figli naturali, anche quando il padre li avesse procreati con la moglie ripudiata (13). Essi invece erano ammessi alla eredità materna in concorso con i figli legittimi, con i quali dividevano egualmente (14). Che anzi qualche legge li ammetteva anche all'eredità dei parenti della madre (15). Qualche altra però determinava la quota spettante ai figli naturali, e la quale non poteva essere superata, e così la legge d'Upland non dava ai naturali più di tre marchi (16).

Una specie d'incapacità, che poi nel prosieguo si rese generale, fu quella di coloro che si davano a vita monastica, incapacità sancita anche dal diritto canonico. La causa per cui chi entrava in monastero veniva escluso dalla successione dei suoi, si era che egli cessava di far parte della famiglia, staccandosene, sicchè veniva a mancare la coabitazione. Delle leggi germaniche solo qualcuna contempla espressamente questa incapacità (17), che anzi ve n'è qualche altra che pare allarghi i diritti successorii delle figlie che entravano nella vita religiosa,

(1) *Westgötolag*, c. a., VII, 4 pr. e § 1; c. r., VI, 4, 5, *Uplandslag*, Arf. bolk., 10, 1.

(2) Cf. *Lex Burgund.*, 24, 3.

(3) *Westgötolag*, c. a., VII, 4 pr.; 12, 1.

(4) *Lex Alamann.*, 105.

(5) *Ludov. P.*, 9.

(6) *Roth.*, 164.

(7) *Liutpr.*, 32, 33, 34; *Aist.*, 8.

(8) *Westgötolag*, c. a., VII, 8 pr.

(9) Confr. Beauchet, *Loi de Vestrogothie*, nella *Nouvelle Revue histor. de droit franç. et étrang.*, XI, 1887, p. 353, n. 7.

(10) *Lex Baiuwar.*, XIV, 8, 1.

(11) *Roth.*, 154-156, 158-161.

(12) *Liutpr.*, 105.

(13) *Westgötolag*, c. a., VII, 8, 3.

(14) *Westgötolag*, c. a., VII, 8, 2, 3.

(15) Confr. Beauchet, loc. cit., p. 353, n. 7.

(16) *Uplandslag*, arf. bolk., 23.

(17) *Westgötolag*, c. a., VII, 9, 1.

come la legge borgognona, la quale assegnava alla figlia che entrava in monastero la terza parte dei beni immobili del padre, se aveva uno o due fratelli, ed una parte proporzionale se i fratelli erano di più (1). Però è da osservare che questa quota veniva assegnata alla donna, che si dava a vita monastica, quasi come dote per entrare nel monastero, tanto vero che ella non poteva disporne, ne aveva il semplice usufrutto sua vita durante, e dopo la sua morte i beni ritornavano ai parenti più prossimi (2).

Dall'indole del diritto successorio germanico doveva seguire l'incapacità delle donne a succedere, poichè esse non continuavano la tradizione della famiglia, dalla quale col matrimonio si distaccavano. Già le ragioni di tale incapacità nel diritto originario germanico io ho esposto. Però col progresso del tempo e col contatto della civiltà romana, tale incapacità venne ad essere più o meno limitata, donde la varietà nelle diverse leggi germaniche. Per alcune leggi la incapacità delle donne cessava quando mancavano maschi; per altre tale incapacità, anche quando mancavano maschi, si estendeva ad una parte del patrimonio del defunto; per altre ancora la incapacità era ristretta solo a certi beni ereditari, come agl'immobili; per qualche altra le donne, pur concorrendo con i maschi, avevano diritto ad una quota inferiore. Ma di tutte queste varietà avremo occasione di occuparci più innanzi, ed allora sarà veduto sotto quali influenze la condizione della donna tendeva a sempre migliorare (3).

Per diritto langobardo inoltre, secondo la mia opinione (4), erano incapaci anche i leprosi. E mi confermo in questa opinione, quando leggo che il leproso nel giorno in cui per la sua malattia era stato messo fuori la casa e la città, *tamquam mortuus habetur*, e si apriva la sua successione, restando a lui il solo diritto di nutrirsi sulle sue cose, non potendole nè toccare nè altrimenti alienare. E si noti che la legge dice: « Tamen dum advixerit *de rebus quas reliquerit*, pro mercede intuitu nutriatur » (5). Se dunque il leproso avevasi per morto, non poteva succedere.

**57.** Si poteva poi diventare incapaci per causa d'indegnità. Le varie legislazioni germaniche contemplano quale più quale meno largamente i casi d'indegnità, quantunque non manchino di quelle che ne tacciano; ma questo silenzio non vuol spiegarsi nel senso che in ogni caso l'indegno potesse succedere, poichè certi fatti, anche senza l'espressa disposizione della legge, portavano, avuto riguardo allo spirito del diritto germanico, alla incapacità di succedere.

Se per diritto successorio germanico i figli principalmente avevano un diritto di aspettativa sulla eredità paterna, se essi quindi venivano all'eredità, *ipso iure*, senza cioè bisogno di adizione, ne doveva seguire necessariamente che il padre non potesse diseredare i figli, e non potesse, nell'esistenza di eredi immediati, disporre della sua eredità. Questo principio è espressamente proclamato dal diritto langobardo (6), ed anche dal diritto sassone, il quale è più assoluto e rigoroso poichè proibiva espressamente pure di alienare i beni in danno dell'erede, salvo se l'alienazione fosse fatta alla Chiesa o al Re, e salvo il caso che l'autore fosse costretto dalla fame e non avesse mancipii ed altre cose mobili, le quali potevansi liberamente alienare (7). Anche per i diritti nordici originariamente l'autore non poteva disporre di alcuna parte dei suoi beni, senza il consenso degli eredi, e questo principio si trova sancito ancora nel Codice antico della legge vestrogotica (8). Esso fu mitigato a favore della Chiesa nel Codice recente ed in altre leggi (9).

Però l'erede perdeva ogni diritto alla comproprietà di famiglia, quando si rendeva reo di certe gravi colpe verso colui che ne era il depositario ed il rappresentante. Così colui che uccideva l'autore (10), o insidiava alla sua vita, o si rendeva con consiglio o in altro modo complice nella morte o nell'attentato alla vita dello stesso (11), era dichiarato indegno di succedere, ed in sua vece erano chiamati i parenti che venivano dopo di lui. È poi da osservare questa particolarità, che si nota specialmente nel diritto langobardo, e cioè che, se l'erede, che si rendeva in tal modo indegno, era un parente prossimo, come il fratello, il nipote e via, allora egli veniva senz'altro ed in forza della legge escluso dalla successione (12); se invece era il figlio, egli doveva essere diseredato dal padre (13), il che, a mio modo di vedere, mena alla conseguenza che il padre potesse perdonare il figlio e non diseredarlo, come avveniva, e lo abbiamo già visto, per diritto visigotico. Ciò desumo sia dalla diversa dicitura dei capitoli 163 e 169 dell'editto rotariano, sia dal vedere come quest'ultimo, contemplando le giuste cause di diseredazione, dice che queste sono l'aver il figlio insidiato o tentato insidiare per sè o per mezzo di altri (*insidiator aut consiliator fuerit*) contro la vita o la reputazione del padre, l'averlo volontariamente percosso, l'aver fornicato con la matrigna.

Rendevansi pure indegne e potevano essere diseredate le figlie e le sorelle che avessero disobbedito al rispettivo padre o fratello (14).

Il diritto langobardo contempla anche il caso d'indegnità di un coniuge verso l'altro, disponendo che il marito il quale uccideva immeritamente la moglie, oltre a pagare a titolo di composizione 1200 solidi da dividersi tra i parenti di lei e la Corte regia, perdeva il diritto a succedere alla moglie, ed, in mancanza di figli, il morgengab e il faderfio andavano ai parenti dell'uccisa (15). Come pure perdeva un tal diritto, quando aveva in vita spinta la moglie all'adulterio (16). E d'altra parte la moglie che insidiava alla vita del marito perdeva a favore di lui tutte le donazioni ricevute ed anche il faderfio; che se lo uccideva, ella stessa doveva essere uccisa e le sue cose andavano ai parenti del marito (17).

**58.** L'ordine successorio, generalmente parlando, nelle legislazioni germaniche, non era regolato secondo il diritto romano, cioè non per gradi semplicemente,

(1) *Lex Burgundion.*, 5, 6.
(2) *Lex Burgundion.*, 6.
(3) Rathery, *Histoire du droit de succession des femmes*, nella *Revue de législation* de Wolowschi, 1843, XVIII.
(4) Cfr. Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, p. 96.
(5) *Roth.*, 176.
(6) *Roth.*, 168.
(7) *Lex Saxon.*, 61.
(8) *Westgötolag*, c. a., VII, 10.
(9) *Westgötolag*, c. r., I, 60; *Uplandslag*, I, 14; *Helsingelag*, I, 14.
(10) *Lex Frision.*, 19, 1; *Lex Alamann.*, 40 (*Lantfrid.*, 39); *Roth.*, 163; *Westgötolag*, c. a., VII, 11, 15; c. r., VI, 14; *Ostgötolag*, Eps. 22; Cap. a. 829, c. 2, in Pertz, I, 353.
(11) *Roth.*, 163, 169.
(12) *Roth.*, 163.
(13) *Roth.*, 169.
(14) *Liutpr.*, 5.
(15) *Roth.*, 200.
(16) *Liutpr.*, 130.
(17) *Roth.*, 202-203.

ma per parentele e per gradi. Insomma i popoli di stirpe germanica seguivano quel sistema che gli scrittori chiamano lineare-graduale. Questo sistema consisteva in ciò: che i parenti erano raggruppati in modo, da formare tanti cerchi concentrici, ciascuno dei quali formava una parentela. Ora il diritto all'eredità di un defunto passava di cerchio in cerchio, nel senso che, mancando i parenti che costituivano il primo cerchio, l'eredità passava a quelli del secondo cerchio o della seconda parentela, e così di seguito fino a che si arrivava a quella parentela che dalla legge era fissata come l'ultima capace di succedere. Però in ciascuna parentela, o linea, o cerchio che voglia dirsi, il più prossimo di grado escludeva il più remoto, quantunque questa norma non fosse seguita da tutte le legislazioni, alcune delle quali non sempre nella medesima parentela chiamavano il più prossimo di grado.

E per rendere di più facile comprensione questo sistema, è bene vedere come si determinavano le parentele. La prima od il primo cerchio era costituito dalla linea discendente, nella quale i più prossimi escludevano i più remoti, e cioè i figli escludevano i nipoti, donde la impossibilità della rappresentanza; la seconda era costituita dai genitori e dai loro discendenti, cioè dai fratelli e dalle sorelle del defunto, ma in questa i genitori come più prossimi erano preferiti (1), quantunque per alcune leggi siano preferiti i fratelli (2). Nella terza entravano gli avi ed i loro discendenti, e quindi gli zii, le zie ed i cugini, e così di seguito.

Questo sistema era seguito dai diritti nordici, che più fedelmente conservarono i principii dell'antico diritto germanico (3), ed era seguito, quantunque non risulti chiaro, dalle altre legislazioni germaniche, anche dal diritto langobardo, come pare possa desumersi dalle parole stesse dell'editto di Rotari: « Omnis parentilla usque in septimum geniculum nomeretur, ut parens parenti per gradum et parentillam heres succedat (4) », e dalla formola a questo capitolo dell'editto. Di tale opinione, da me accolta in altro lavoro (5), sono molti scrittori autorevoli (6). Molti altri però sono di opinione contraria, poichè essi sostengono che l'ordine successorio presso i Langobardi si determinasse, come in diritto romano, per gradi (7).

Il modo poi che i Germani tenevano nel computare i gradi era diverso da quello dei Romani, poichè mentre questi, per misurare il grado di parentela tra due persone, contavano le generazioni che si trovavano tra una di esse e lo stipite comune, e tra questo stipite e l'altra, i Germani contavano le generazioni che erano tra lo stipite comune e una delle due persone il cui grado di parentela voleva misurarsi, se la distanza di ciascuna dallo stipite comune era eguale; che se una ne distava di più si contavano solo le generazioni che erano tra questa e lo stipite comune. Così mentre in diritto romano lo zio era col nipote cugino in quinto grado, in diritto germanico era in terzo grado. Questo modo di computare i gradi era seguito anche dal diritto canonico, ed è dubbio se i Germani l'abbiano preso da quel diritto, ovvero il diritto canonico dai Germani. Pare però che esso fosse quasi una conseguenza necessaria del modo come i Germani concepivano le parentele o linee, poichè se ogni parentela era costituita da uno stipite comune e da coloro che da lui discendevano, il grado di parentela in ciascuno di questi cerchi doveva computarsi misurando la distanza dello stipite comune da coloro il cui grado voleva misurarsi.

**59.** Dicevo che una delle conseguenze del sistema adottato dalle legislazioni germaniche, nel determinare l'ordine successorio, fosse la impossibilità di aversi la rappresentanza e nella linea retta, e tanto più nella linea collaterale. Se gli ordini di eredi erano determinati per parentele, e se in ciascuna parentela il più prossimo di grado escludeva il più remoto, ne veniva che questo non potesse per alcuna via essere ammesso alla successione, ancorchè fosse un nipote ex-figlio di fronte all'autore. Quella specie di diritto di aspettativa che avevano gli eredi immediati non si trasmetteva, mentre si trasmetteva il diritto attuale all'eredità, senza bisogno di adizione. Di qui seguiva che, premorendo un figlio, i figli di lui non avessero alcun diritto all'eredità dell'avo in concorso con i loro zii; morendo invece un neonato che fosse nato vivo e vitale, egli trasmettesse il suo diritto ai suoi eredi (8). Ed è tanto vero che la esclusione della rappresentanza dipendeva dal sistema di determinare l'ordine successorio e dal modo di computare i gradi, che alcune leggi preferivano ai nipoti ex figlio i genitori e gli stessi fratelli e sorelle (9).

Forse ad escludere la rappresentanza contribuì la lotta che in tutti i diritti primitivi si manifestò tra nipoti e zii, i quali ultimi tendevano ad escludere i primi financo dall'eredità del padre loro (10), ed anche dall'interesse di non sminuzzare la proprietà fondiaria, della cui importanza si è già detto (11).

Solamente alcune leggi, sotto l'influenza del diritto romano o della Chiesa ammisero la rappresentanza. Così nel diritto langobardo, mentre Rotari nel suo editto la escluse assolutamente, Grimoaldo l'ammise: « Si quis habuerit filios legitimos unum aut plures, et contigerit unum ex filiis vivente patri mori, et reliquerit filios legitimos unum aut plures, et contigeret avo mori; talem partem percipiat de substantia avi sui, una cum patruis suis, qualem pater eorum inter fratribus suis percepturus erat si vivus fuisset. Similiter et si filias legitimas unam aut plures aut filii naturales unum aut plures fuerint, habeant legem suam, sicut in hoc edictum legitur. Quia inhumanum et impium nobis videtur, ut pro tali causa exhereditentur filii ab hereditate patris sui pro eo, quod pater eorum in sinu avi mortuus est; sed ex omnibus ut supra aequalem cum patruis suis in locum patris, post mortem avi percipiant portionem. Similiter et si legitimi non fuerint

(1) *Westgötolag*, c. a., VII, 1; *Lex Salica*, 58, 1.

(2) *Lex Burgundion.*, 14, 2; 51, 2; 78, 1.

(3) Dareste, *Les anciennes lois suédoises*, nel *Journal des Savants*, 1880, p. 573; *Les anciennes lois de l'Islande*, eod. 1881; p. 495.

(4) *Roth.*, 153.

(5) *Storia del Diritto*, 1, 99.

(6) Pertile, *Storia del diritto*, IV, 46; Schröder, *Rechtsgesch*, I, 325; Gierke, op. e loc. cit., p. 489; Brunner, nella *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, XVI; Kohler, nella *Zeitschr. f. vergleich. Rechtswissenscht.*, VII, 201; Bluhme, *Omnis parintilla* negli *Abhandl z. Gesch. deutsch. Rechts.*, 1871; Walter, *Rechtsgesch.*, § 575; Keyser, *Das Erbrecht nach den Edicten der langob. Könige*, nella *Zeitschr. f. R. G.*, 1869, p. 466 seg.; Homeyer, *Die stellung des Sachsenspiegel z. Parentelordnung*, 1860, ecc.

(7) Siegel, *Erbrecht*, § 7, 15, 21, 24; Wasserschleben, *Das princip. der Successionordnung nach deutsch. Recht*, 1860, *Replik*, 1864; *Das Princip. der Erbfolgen*, 1870; Pappenheim, *Launegild*, p. 54; Salvioli, op. cit., p. 453, ecc.

(8) *Lex Alam.*, 105.

(9) *Westgötolag*, c. a., VII, 1, c. r., VI, 1.

(10) Cf. Summer-Maine, *Étude sur l'ancien droit et la coutume primitive*, p. 184-5, 195-6.

(11) Cf. Beauchet, op. e loc. cit., p. 346, nota.

et naturales inventus fuerit unum aut plures, habeat legem suam, id est tertiam partem ex omnibus » (1).

Il diritto burgundico ammise, sotto l'influenza del diritto romano, che operò su quel diritto più fortemente che sugli altri diritti germanici, fin da principio la rappresentanza, come può rilevarsi da diversi titoli della legge burgundica (2).

La legislazione franca, tanto cioè la legge salica quanto la ripuaria, non ammettevano la rappresentanza. Sotto l'influenza della Chiesa principalmente, il re di Austrasia Childeberto II, con un suo editto del 596 volle introdurre, almeno nella legislazione ripuaria, la rappresentanza nella linea retta. L'editto così suona: « Ita, Deo propitiante, Antonaro Kalendas Marcias anno vicesimo regni nostri convenit, ut nepotes ex filio vel ex filia ad aviaticas res cum avunculos vel amitas sic venirent, tamquam si pater aut mater vivi fuissent. De illis tamen nepotis istud placuit observare qui de filio vel filia nascuntur, non qui de fratre » (3). Pare però che quest'editto non abbia prodotto l'effetto che si riprometteva, e che sia caduto in disuetudine. Ciò può desumersi dai documenti di epoca posteriore, alcuni appartenenti proprio all'Austrasia, e nei quali i testatori, per rimediare all'ingiustizia della legge, chiamavano alla successione i nipoti ex filio in concorso con i loro zii, figli dei testatori (4). Ora come mai potette avvenire che l'editto di Childeberto restasse senza effetto? Le cause furono diverse. Primieramente quell'editto non ebbe vigore se non che in una parte dello Stato franco, e quindi non fu accolto nel resto del paese, particolarmente dove si seguiva la legge salica, la quale era un patto, un diritto popolare, che ritraeva le consuetudini inveterate del popolo. D'altra parte le gravi quistioni, cui per la sua insufficienza dava luogo l'editto, fecero sì che esso andò in disuetudine anche in Austrasia. Dall'editto stesso invero non si rilevava se le nipoti fossero chiamate egualmente con i nipoti, o se in mancanza di questi; se i nipoti ex filia concorressero con i loro zii, quando la loro madre sarebbe stata esclusa dai fratelli di lei (5). Tutte queste cause e la contraddizione tra l'editto e le leggi popolari fecero sì che in Francia la rappresentanza non fosse ammessa se non tardi e non in tutti i luoghi, poichè in alcuni costumi essa fu esclusa fino alla rivoluzione (6).

Nei diritti nordici la rappresentanza era originariamente esclusa (7); però sotto l'influenza della Chiesa alcune leggi l'ammisero, come quella di Upland in tutti i gradi (8); quella di Jutland in infinito nella linea discendente; quella di Seeland solo per i nipoti (9).

Una traccia della rappresentanza par che si trovi nella legge dei Sassoni, poichè in essa, dopo la disposizione che chiama le figlie in mancanza di figli maschi all'eredità (10), è soggiunto che se il figlio maschio è premorto, lasciando un maschio, quest'ultimo debba venire all'eredità dell'avo, non la figlia di questo (11). Ma a me sembra che, non in forza di rappresentanza succedesse il nipote *ex filio*, ma in forza di un diritto proprio, che gli veniva dalla preferenza dei maschi sulle femmine.

Come in Francia così in Germania la rappresentanza fu costantemente combattuta ed esclusa fino ad Ottone I, quando, sorta accanita la questione se i nipoti *ex filio* dovessero concorrere o pur no con i loro zii, nel 941 Ottone affidò la soluzione della controversia ad un duello giudiziario, nel quale restò vittorioso il campione che sosteneva il diritto dei nipoti *ex filio* a succedere per rappresentanza (12).

Il diritto di rappresentanza fu ammesso nei libri di diritto tedesco dopo la risoluzione di Ottone I, prima in forma limitata (13), poscia in forma più larga (14), e poi in infinito nella linea retta (15).

**60.** I. Il primo ordine di successione nel diritto germanico è quello dei discendenti. Però questo primo ordine offre molte e gravi questioni, alcune generali, altre speciali a questa od a quella legislazione.

Una delle generali è questa, se cioè, non ammessa nella maggior parte delle leggi germaniche la rappresentanza, l'ordine dei discendenti comprendesse solamente i figli, come primo ordine, od anche i nipoti, e con altre parole se i nipoti fossero preferiti ai genitori ed ai fratelli del defunto, o venissero dopo questi. La questione si è originata dal fatto che la maggior parte delle leggi germaniche parlano di figli e non di nipoti. Alcuni sostengono che immediatamente dopo i figli venivano i nipoti ed i pronipoti (16); altri invece sostengono che questi venivano dopo il padre ed i fratelli (17). Veramente a me sembra che la questione non possa essere nè posta, nè risoluta in termini generali. Vi sono alcune leggi, come la visigotica, e lo si è visto innanzi, e, a mio modo di vedere, anche la bavara (18), le quali dopo i figli chiamano i nipoti ed i pronipoti. La stessa legge salica che originariamente non parla che di figli (19), dopo, nelle emendazioni, chiama i nipoti, e vi è anzi un testo, quello di Heroldo, che dice dover questi dividere per capi, e non per stirpi (20), appunto perchè non era ammessa la rappresentanza. Anche la legge sassone chiama i nipoti dopo i figli (21). Vi sono invece altre leggi che seguono un sistema diverso, come alcune leggi nordiche, le quali chiamano prima i figli, in mancanza i genitori, poi i fratelli e le sorelle, e, solo mancando questi, chiamano i nipoti *ex filio*, o *ex filia* (22). Quanto alle altre leggi che sono mute al riguardo bisogna andare per induzioni. Per esempio, nel diritto turingio, se i beni stabili non potevano andare mai alla figlia, anche quando mancavano figli, purchè esistessero parenti maschi della linea paterna (23), ne segue che,

(1) *Grimoald.*, 5, cf. *Liutpr.*, 3.
(2) *Lex Burgund.*, 75, 1-3, 78, 1.
(3) *Edict. Childeb.*, II, 506, 1.
(4) *Formul. Marculf.*, II, 10; *Lindebr.*, 55; *Sirmond.*, 22; *Rozière*, 133 seg.
(5) Cf. Glasson, op. e loc. cit., p. 605-607.
(6) V. *Cout. d'Artois-campagne* 1544, 93; *de Pontieu*, 8; *de Hainaut*, 90, 5; *de Boulenois*, 75, 83; *de Channy*, 36, ecc.
(7) Non se ne trova traccia nella legge vestrogotica c. a. VII; Cf. Dareste, *Les anciennes lois suédoises*, loc. cit., p. 574; *Les anciennes lois du Danemark*, loc. cit., 1881, p. 113-14; *Les ancennies lois de l'Islande*, loc. cit, 1881, p. 435.
(8) Dareste, *Les anciennes lois suédoises*, loc. cit.
(9) Dareste, *Les anciennes lois du Danemark*, loc. cit.
(10) *Lex Saxon.*, 44.
(11) *Lex Saxon.*, 46.
(12) Widuckindus, *Res gestae Saxonicae*, II, 10 in Pertz, *Script.*, III, 440; Cf. Grimm, *R. A.*, p. 471-72.
(13) *Sachsenspiegel*, I, 5, 1; *Swabenspiegel*, 7.
(14) *Schl. Landrecht*, 9; *Prager Rechtsbuch*, 151.
(15) *Kl. Keyserrecht*, II, 70; *Brünner Schöffenbuch*, 558.
(16) Gierke, op. e loc. cit.; Miller, *Longob. Erbrecht*, nella *Zeitsch. f. R. G.*, XXII, 1878, p. 38-104.
(17) Pappenheim, *Launegild*, p. 55; Schroder, op. cit., p. 518.
(18) *Lex Baiuwar.*, 15, 10.
(19) *Lex Salica* (a.), 58.
(20) *Lex Salica* (Heroldi), 62, 6.
(21) *Lex Saxon.*, 46.
(22) *Westgötolag*, c. a., VII, 1.
(23) *Lex Turing.*, 26, 32.

esistendo nipoti *ex filio*, questi dovessero essere preferiti alla figlia stessa, ed in tutta la sostanza dell'avo. Sotto la voce *filius* la legge dei Turingi vuol intendere qualunque discendente della linea e del sesso maschile. Così ancora per diritto langobardo non è presumibile che i nipoti *ex filio* succedessero, nella coesistenza di figlie, in quella parte che sarebbe toccata ai parenti, e che in mancanza anche di figlie, fossero loro preferiti i naturali, od in mancanza anche di questi, fossero preferiti i genitori.

In questa opinione poi mi conforta la legge di Grimoaldo, che ammette la rappresentanza, dalla quale a me sembra risulti chiaro che i nipoti fossero esclusi dai figli del defunto, non da altri parenti (1).

Dunque, salvo per quelle leggi che espressamente chiamano alla successione, prima dei nipoti, altri parenti, per le altre i discendenti sia figli che nipoti o pronipoti, formavano il primo ordine successorio, ed erano preferiti a tutti gli altri parenti.

**61.** Quando i figli dell'autore erano tutti di sesso maschile, succedevano tutti e dividevano egualmente l'eredità paterna o materna. Là, dove era ammessa la rappresentanza e con i figli concorrevano i nipoti *ex filio*, l'eredità si divideva per stirpi.

Non così quando il defunto lasciava figli e figlie, poichè queste ultime ricevevano sempre un trattamento diverso dai maschi, ma questo trattamento era vario secondo le diverse legislazioni germaniche. Diamo uno sguardo a queste varietà, cominciando dalla legislazione langobarda.

*A*) Per l'editto rotariano le figlie, in concorrenza con figli, restavano completamente escluse (2), e solo avevano diritto ad essere sostentate dai fratelli e ad un convenevole *faderfio*, o corredo, quando passavano a marito (3). Questa esclusione delle figlie nella coesistenza di figli proseguì anche dopo (4), e solamente Liutprando permise al padre di donare o lasciare alla figlia una parte delle sue sostanze, in proporzione del numero dei figli maschi che aveva (5).

Se mancavano maschi, le figlie erano chiamate alla eredità, ma non in modo che la potessero raccogliere tutta, poichè l'editto di Rotari assegnava loro in tal caso il terzo dell'eredità o la metà, secondo che fosse una sola la figlia o fossero due o più. Il resto, e cioè i due terzi o la metà, andava agli agnati più prossimi; ed in mancanza alla corte regia (6). Alle figlie poi erano equiparate le sorelle del defunto, le quali concorrevano con le prime e dividevano egualmente con esse la metà della sostanza del rispettivo padre e fratello (7).

Questo riserbare una parte della sostanza del defunto (due terzi o la metà) agli agnati ed alla corte regia in loro mancanza, quando quegli non lasciava che figlie o sorelle, era una conseguenza dell'indole della proprietà familiare ed un avanzo del principio originario che le donne fossero escluse dalla successione per impedire che il patrimonio di una famiglia passasse in un'altra. Questo principio rigoroso del primitivo diritto germanico venne mitigato col progresso della civiltà ed al contatto dei Romani, ma l'agnazione riuscì a conservare una parte degli antichi diritti.

Il diritto poi della corte regia di prendere quella parte dell'eredità, che sarebbe spettata agli agnati, a me sembra sia un avanzo del diritto che aveva la marca o la comunità, e di cui abbiamo trovato tracce più sicure e certe nel regno franco. Se ciò non si ammettesse, non si saprebbe spiegare perchè, in mancanza di parenti prossimi agnati e di sesso maschile, non dovessero le figlie succedere in tutta la sostanza dei genitori, come avveniva presso i Turingi stessi più rigorosi dei Langobardi verso le donne.

E ritornando alla successione delle figlie e delle sorelle nel diritto langobardo, pare che il diritto successorio fosse riconosciuto solamente nelle figlie e nelle sorelle, che al momento della morte dell'autore si trovassero in casa, e non alle maritate. Ciò io rilevo primieramente da un capitolo dell'editto di Rotari, che così suona: ***Si pater filiam suam aut frater sororem legitimam alii ad maritum dederit in hcc sibi sit contempta de patris vel fratris substantia, quantum ei pater au frater in die traditionis nuptiarum dederit; et amplius non requirat*** (8).

Lo desumo ancora dal vedere come Liutprando, quando chiama le figlie a tutta la sostanza paterna, in mancanza di maschi, dice che debbono succedere egualmente tanto le maritate che le nubili (9), dichiarazione che sarebbe stata inutile, se l'editto di Rotari avesse chiamato e le une e le altre. Lo desumo ancora dal vedere che Liutprando esclude le sorelle maritate in concorso con le figlie del defunto (10), mentre chiama le sorelle *in capillis* con queste (11), e mentre poi chiama tanto le sorelle maritate quanto le nubili, in mancanza di figlie (12). Lo desumo infine da un altro capitolo dell'editto di Rotari, il quale fa l'ipotesi che una figlia od una sorella maritata, restata vedova, e riacquistatone il mundio dal padre o dal fratello, ritorni a casa e vi resti e nel frattempo muoia il padre od il fratello, e dispone che quella figlia concorra con le altre, dovendo però mettere in collazione il *faderfio* e prelevare dalla sua quota il prezzo del mundio riscattato dal padre o fratello (13), mentre non si legge alcun capitolo che chiami la figlia o la sorella maritata. D'altra parte le maritate uscivano dal mundio dell'autore e quindi dalla famiglia di questo, ed esse necessariamente, come i *forisfamiliati*, dovevano essere escluse dalla successione.

Sotto l'influenza della civiltà romana e della Chiesa, Liutprando provvide a migliorare la condizione delle figlie, ed egli dispose che, in mancanza di maschi, queste succedessero in tutta la sostanza dei genitori, *tanquam filii mascolini* (14); alle figlie equiparò le sorelle *in capillis* (15), ed in mancanza di figlie chiamò le sorelle, senza distinzione tra nubili e maritate (16). Naturalmente, come per l'editto di Rotari, così anche per gli editti posteriori le sorelle vedove ritornate in casa e sotto il mundio del padre o del fratello concorrevano con le figlie e con le sorelle nubili.

Però le donne come incapaci di esercitare la vendetta non potevano riceversi la composizione per la

(1) Cf. *Form. ad leg.* 153 *di Roth.*
(2) *Form. ad l.* 153 *di Roth*, § 1, 4.
(3) *Roth.*, 181.
(4) *Liutpr.*, 1.
(5) *Liutpr.*, 102.
(6) *Roth.*, 158, 159.
(7) *Roth.*, 160.
(8) *Roth.*, 181.
(9) *Liutpr.*, 2.
(10) *Liutpr.*, 3.
(11) *Liutpr.*, 4.
(12) *Liutpr.*, 3.
(13) *Roth.*, 199.
(14) *Liutpr.*, 1, 2.
(15) *Liutpr.*, 4.
(16) *Liutpr.*, 3.

uccisione del padre o fratello, composizione che si pagava ai parenti più prossimi. Solo in mancanza di questi esse potevano riceversi la metà della composizione, mentre l'altra metà si lucrava dalla corte regia (1). Ciò durò fino a dopo la caduta del regno langobardo, quando Arechi, principe di Benevento, concesse alle figlie tutta la composizione (2).

62. *B*) La legge dei Turingi è anche più rigorosa verso le donne dell'editto di Rotari, poichè quella legge, non solamente esclude onninamente le figlie dalla successione paterna, nella esistenza di figli (3), e quanto alla successione materna, dà alle stesse in concorso con figli solamente gli ornamenti muliebri (4); ma, anche nella mancanza di figli, le chiama solo alla successione dei beni mobili, e gl'immobili assegna al più prossimo parente maschio della linea paterna (5), il quale aveva ancora le armi, il mundio delle donne ed il quidrigildo dell'autore (6), perchè egli solo, e non le figlie poteva esercitare la vendetta.

Secondo la legge dei Turingi dunque le donne erano capaci di succedere, in mancanza di maschi, solamente ai beni mobili; e di fatti la legge stessa, in mancanza di figlie, assegna questi beni alle sorelle del defunto, ed in mancanza anche di queste alla madre (7). Gli stabili, ed in mancanza di figlie, sorelle e madre, anche i mobili, andavano al più prossimo parente paterno.

Solo in mancanza di parenti maschi della linea paterna successibili, e cioè fino alla quinta generazione, le figlie acquistavano tutta l'eredità paterna o materna, anche quindi i beni stabili, *et tunc*, dice la legge, *haereditas ad fusum a lancea transeat* (8).

Dunque per la legge dei Turingi, la regola era che le donne fossero capaci di succedere solamente nei beni mobili, e ciò pel principo della conservazione dei beni immobili nella famiglia, e pel carattere più spiccatamente familiare che avevano questi beni. E si noti che detta legge è una di quelle che furono più tardi tradotte in iscritto (812), sicchè bisogna pur convenire che niuna influenza ebbero su di essa e il diritto romano e la Chiesa.

63. *C*) Una delle legislazioni che ha dato luogo a maggiori controversie circa il diritto successorio delle donne in generale e delle figlie in particolare, è la legislazione franca.

Il testo primitivo della legge salica porta: 1° *Si quis mortuus fuerit et filius non dimiserit, si mater sua superfuerit ipsa in haereditatem succedat;* 5° *De terra vero nulla in muliere haereditas non pertinebit, sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra perteneunt* (9). Nel testo di Heroldo si legge: .... *Sed hoc virilis sexus accurit, hoc est filii in ipsa haereditate succedunt...* Queste disposizioni si leggono sotto il titolo *De Alodis*, ed una prima questione si presenta per la interpretazione di questa voce, che alcuni vogliono spiegare per le terre assegnate ai Franchi Salii nella partizione; altri più ragionevolmente per l'insieme del patrimonio (da *al* e *od* o *lod* — tutta la proprietà). Quest'ultima interpretazione è confortata da documenti e da altre leggi barbariche (10), che usano la voce *alode* nel senso di patrimonio (11). Dunque la legge salica nel titolo 58 si occupa della successione a tutto il patrimonio di un defunto.

Ed allora, secondo l'opinione generalmente accettata, le figlie concorrevano con i figli alla successione del padre loro, meno per la *terra*, che andava ai maschi esclusivamente. Ma è intorno alla voce *terra* che si questiona tra gli scrittori, per determinarne il significato. Stando all' antica redazione della legge salica, parrebbe che le donne fossero escluse dai maschi da tutto il patrimonio immobiliare del defunto, e non mancano scrittori che dividono questa opinione, dicendo che originariamente presso i Franchi Salii vigèva il medesimo principio che presso i Turingi, quello cioè della esclusione delle donne dalla successione nei beni stabili. Altri scrittori però dicono che, poichè, nella legge salica emendata, accanto alla parola *terra* si legge l'altra *salica*, questa voce si debba ritenere sottintesa nell' antico testo. Ma è poi sulla natura della *terra salica* che si sono manifestate le opinioni più disparate. Alcuni credono che essa non sia altro che la terra circondante l'abitazione, e detta *sala* in linguaggio germanico: altri che la terra assegnata a ciascun Franco Salio; altri ancora che la terra immune da qualsiasi peso o tributo; altri ancora che sia la proprietà stabile libera ed ereditaria; altri infine quei beni stabili che da antichissimo tempo si possedevano in una famiglia (12).

Se si accetta l'opinione di coloro, i quali credono che per il primitivo testo della legge salica le donne fossero escluse da qualsiasi bene stabile, dovrà dirsi che la legge emendata abbia sancito un progresso verificatosi, e pel quale le donne non più da tutti i beni stabili, ma solo da alcuni sarebbero state escluse. Però, a mio modo di vedere, non credo vi sia diversità di concetto tra l'antico testo ed il testo emendato. Ai tempi in cui, secondo l'opinione più accettabile (13), venne redatta la legge salica, era ben difficile che un Franco Salio avesse altra terra, che quella ch'egli aveva ricevuta in seguito alla conquista, terra che costituiva il *seliland*, ed ecco perchè l'antico testo non parla che di *terra*.

Dopo poi, quando i Franchi ebbero fondato lo Stato franco, e potettero avere terre avite e terre acquistate di fresco, si sentì il bisogno di determinare quali terre dovessero essere conservate nella famiglia, ed allora alla parola *terra* dell'antico testo fu unita l'altra *salica*, la quale si riferiva in origine proprio alle terre che dipendevano dall'abitazione, al *seliland* (14), appunto perchè originariamente erano queste terre che formavano il patrimonio privato d'una famiglia.

Poscia la voce ebbe un significato più largo ed indicò i beni stabili aviti, quelli cioè che appartenevano al defunto per successione. Questa interpretazione viene confortata dalla legge ripuaria, la quale invece di *terra salica*, ha *haeriditas aviatica* (15), cioè il patrimonio stabile avito (16).

(1) *Liutpr.*, 13.
(2) *Capit. d. Areg.*, 5.
(3) *Lex Turing.*, 26.
(4) *Lex Turing.*, 32.
(5) *Lex Turing.*, 26, 32.
(6) *Lex Turing.*, 31.
(7) *Lex Turing.*, 26, 32.
(8) *Lex Turing.*, 32.
(9) *Lex Salica*, 58, 1, 5.
(10) Marculfi, *Form.*, II, 10, 14; *Lex Baiuw.*, II, 1, 3.
(11) Cf. Glasson, op. e loc. cit., p. 593.

(12) Cf. Laferrière, *Histoire du droit français*, III, 188 seg.; Fustel de Coulange, *Le origini del regime feudale*, pubblicato in appendice a Winspear, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1883, p. 353 seg.; Pardessus, *Loi Salique*, p. 33 e 318; Pecchia, *Dell'origine dei feudi in Francia*, Diss. 1, § 4.
(13) Cf. Ciccaglione, *Feudalità*, n. 177, nell'*Enciclopedia giuridica italiana*.
(14) Una glossa fiorentina della legge salica spiega *terra salica* per *Seliland*.
(15) *Lex Ribuar.*, 56, 4.
(16) Cf. Glasson, op. e loc. cit., 593, 594.

Dunque, secondo la legge salica, le figlie erano escluse dalla successione alle terre avite: quanto al resto esse dividevano egualmente con i maschi. Ma qui sorge un altro dubbio, se cioè le figlie erano escluse dai figli solamente, ovvero da tutti i maschi successibili. Secondo l'opinione di parecchi scrittori, le figlie venivano escluse, solamente dai figli, e così anche le sorelle solo dai fratelli, e ciò desumono dagli antichi testi della legge salica, da noi innanzi riportati e nei quali si parla in uno di figli, i quali avrebbero escluse le figlie, in altro di fratelli i quali avrebbero escluse le sorelle (1).

Questi scrittori si appoggiano ancora all'editto di Chilperico (2), innanzi riportato, il quale chiama le figlie in mancanza di figli, le sorelle in mancanza di fratelli, alla successione delle terre.

Altri invece sostengono che le figlie fossero, come le altre donne, escluse dalla successione delle terre aviatiche da tutti i maschi successibili, e che, solo in mancanza di questi, esse venissero chiamate. Questi scrittori si appoggiano al testo della legge emendata, la quale porta: *De terra vero salica nulla portio haereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terrae haereditas perveniat* (3); e dicono che la legge emendata non innova, ma determina più precisamente il concetto del testo primitivo. Si appoggiano ancora alla legge ripuaria, che suona: *Sed dum virilis sexus extiterit, foemina in haereditatem aviaticam non succedat* (4), e la quale quindi conterrebbe la medesima disposizione della legge salica emendata (5).

Alcuni, pur accettando questa opinione, dicono che in forza dell'editto di Chilperico e dell'editto di Childeberto II, amendue innanzi riportati, fu tolta l'esclusione delle donne dalla successione alle terre anche avite (6).

Io non esito ad accettare la prima opinione, la quale resta, a mio modo di vedere, dimostratissima non solo dai testi della legge salica antica, i quali, come si è visto, fanno chiaramente comprendere che le figlie erano escluse dai figli, le sorelle dai fratelli, ma ancora più dall'editto di Chilperico, il quale dice espressamente: *.... si quicumque vicinos habens aut filios aut filias post obitum suum superstitus fuerit, quamdiu filii advixerint terra habeant,* SICUT ET LEX SALICA HABET. Dunque Chilperico si richiama alla legge salica; è dunque il sistema di quella legge che egli conferma ed invoca contro le pretese dei vicini; dunque secondo la legge salica all'eredità delle terre di famiglia le figlie erano escluse dai figli soltanto, e così le sorelle solo dai fratelli. È vero che i sostenitori dell'opinione contraria dicono che, se Chilperico ammette le figlie nella successione delle terre, vuol dire che prima di lui esse ne erano escluse, ma questo ragionamento non regge perchè Chilperico invoca proprio la legge salica. Tanto meno poi regge il dire che l'editto di Chilperico riguarda un caso di successione speciale, e cioè la successione nelle terre di coloro, che appartenevano ad una comunità agraria, e le quali mentre prima ritornavano, alla morte del possessore, alla comunità, dopo l'editto andavano ai figli prima, poi alle figlie, poi ai fratelli, poi alle sorelle (7). Ciò non è esatto, Chilperico respinge le pretese dei commarghigiani, come innanzi si è avuto occasione di vedere; egli non riforma la legge salica ma ne conferma le disposizioni e le invoca per respingere quella pretesa; egli non determina un ordine di successione speciale, ma riferma l'ordine successorio determinato dalla legge salica. Ed anche quando si volesse ammettere trattarsi in quell'editto di successione speciale, resterebbe sempre il fatto, che Chilperico, respingendo le pretese dei vicini invoca la legge Salica: *sicut et lex Salica habet.*

Quanto poi alla legge ripuaria è bene far osservare che vi sono delle edizioni, nelle quali invece di: *Sed dum virilis sexus*, ecc., si legge: *Sed cum virilis sexus*, ecc., ed il *cum* invece di *dum* rende chiaro che, anche per la legge ripuaria, le donne erano escluse solo dai maschi del medesimo grado.

Resta la legge emendata: io non dico come alcuni che questa non possa servire di argomento, perchè la emendazione avvenne in un'epoca, in cui il sistema successorio che si seguiva nell'impero franco non era più quello designato dalla legge salica, sicchè il titolo *De Alodis* fu conservato più come un monumento storico, che come una disposizione avente efficacia giuridica attuale. Io dico anzi che non solo il sistema della legge salica seguitava ad imperare, ma che vi furono delle emendazioni arrecate dalle riforme. Tra queste riforme fu anche quella che escludeva assolutamente le donne finchè esistessero maschi successibili? A me non pare, ed io credo che le donne, anche a' tempi della legge emendata, venivano escluse solo dai maschi dello stesso grado. La stessa dicitura della legge emendata non è poi tale da escludere assolutamente questa interpretazione.

Adunque conchiudendo, secondo la opinione, da me accolta, nella legislazione franca le figlie venivano escluse dai figli nella successione del patrimonio stabile avito, concorrevano con gli stessi in tutto il resto dell'eredità. In mancanza di figli esse succedevano in tutto il patrimonio del loro genitore.

**64.** *D)* Quanto alle altre leggi germaniche, pubblicate dopo le invasioni, le figlie in concorso con i figli venivano escluse; in mancanza di figli erano preferite agli altri parenti. Ciò avveniva per diritto burgundico, che in mancanza di figli chiama le figlie (8), alle quali solamente però andavano gli ornamenti muliebri e le vesti nuziali della madre, anche quando concorrevano figli maschi (9).

Il diritto burgundico poi ha alcune specialità: la prima, già innanzi rilevata, e per la quale alle figlie che si davano a vita monastica veniva assegnato il terzo dell'eredità, se avevano uno o due fratelli, una quota proporzionale se ne avevano di più, quota però che non potevano alienare, e che dopo la loro morte andava ai più prossimi parenti (10). L'altra per la quale premorendo il figlio al padre e lasciando un figlio ed una sorella, la metà del patrimonio spettante al figlio premorto andava al figlio di lui, l'altra metà riservata al padre si divideva tra la figlia di costui ed il nipote *ex filio;* che se invece il figlio premorto lasciava una figlia, tutto il patrimonio si divideva tra questa e la zia, sorella del premorto (11).

(1) Pardessus, *Loi Salique*, 717.
(2) In Boretius, p. 8.
(3) *Lex Salica emend.*, 62, 6.
(4) *Lex Ribuar.*, 56.
(5) Cf. Glasson, op. e loc. cit., p. 602.
(6) Cf. Fustel de Coulange, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 245.
(7) Glasson, op. e loc. cit., p. 604.
(8) *Lex Burgund.*, 14, 1.
(9) *Lex Burgund.*, 51, 3.
(10) *Lex Burgund.*, 14, 5, 6.
(11) *Lex Burgund.*, 75, 1-3.

Anche la legge sassone chiama le figlie a tutta l'eredità, in mancanza di figli e di nipoti *ex filio* (1).

Quantunque non possa dirsi con certezza; e vi siano scrittori i quali credano che le legislazioni bavara ed alemanna chiamano le figlie in concorso con i figli (2), pure pare, che anche per queste due legislazioni le figlie venissero chiamate solo in mancanza di figli (3), come ne è dato argomentare da alcuni capitoli delle leggi bavara ed alemanna (4).

Anche per la legislazione anglo-sassone è dubbio se le figlie concorressero con i figli, o fossero escluse da questi, e non mancano scrittori che credono le figlie ricevessero lo stesso trattamento dei figli (5), e scrittori che credono prendessero le figlie solo la metà di ciò che toccava ai maschi (6). Pare però che anche la legislazione anglo-sassone chiamasse le figlie solo in mancanza di figli. Ciò potrebbe desumersi dal fatto che nei testamenti anglo-sassoni i figli sono sempre preferiti alle figlie, uso che potrebbe originarsi dalla preferenza che a quelli accordavano la consuetudine e la legge (7).

Infine per la legge dei Franchi Chamavi i figli maschi raccoglievano tutta l'eredità paterna in cose immobili e mobili, le figlie invece raccoglievano l'eredità materna, come si rileva dalle parole: *De materna haereditate similiter in filiam veniat* (8).

65. *E)* Nelle legislazioni nordiche, cioè scandinava, danese ed islandese, originariamente le figlie venivano escluse dai figli, e solo in mancanza di questi erano chiamate alla successione. Un tal sistema si riscontra in alcune leggi, come nel Codice antico della legge vestrogotica, dove ai genitori succedono prima i figli, e in loro mancanza le figlie (9), e come ancora nella legislazione islandese (10), e nella norvega (11).

Però con l'andare del tempo il rigore primitivo fu addolcito e le figlie furono chiamate in concorso con i figli, senza che per altro ricevessero un trattamento uguale, poichè la figlia prendeva un terzo, mentre il figlio aveva i due terzi dell'eredità dei genitori. Questa riforma nella Svezia fu introdotta, secondo dicono le cronache, verso il 1262, quando Birger Jarl maritò suo figlio Waldemar alla principessa Sofia di Danimarca (12), ed essa fu accettata nelle leggi provinciali di quello Stato (13). Però questa riforma urtava contro il principio della conservazione dei beni aviti nella famiglia, e si cercò evitare la dispersione ed il frazionamento di tali beni, coll'assegnare alle donne la loro quota su beni acquistati di fresco dall'autore (14). E questa limitazione passò nell'attuale legge svedese (15). Per alcune leggi poi le donne erano escluse dalla successione ai cavalli, alle armi ed alle vesti da guerra, che spettavano ai maschi, come a coloro che soli erano capaci di prestare il servizio militare (16).

Per la legislazione danese infine le figlie erano ammesse in concorso con i figli, ma prendevano solo una mezza parte (17).

66. II. Il secondo ordine, nelle legislazioni germaniche, generalmente parlando, era costituito dagli ascendenti. Anche questo ordine dà luogo a molti dubbi, poichè, mentre vi è qualche legge che non parla affatto della successione degli ascendenti, altre parlano soltanto del padre e della madre, qualche altra solo della madre, qualche altra ha disposizioni monche. È superfluo poi il dire che anche in questo ordine successorio si osservano varietà nelle diverse legislazioni germaniche.

La legislazione langobarda, mentre regola la successione dei figli legittimi e naturali, delle figlie, delle sorelle, dei fratelli e dei collaterali, non parla espressamente della successione degli ascendenti. Non sono mancati alcuni scrittori, i quali da questo silenzio han desunto non essere per diritto langobardo gli ascendenti ammessi alla successione (18). Che anzi non sono mancati di quelli i quali han detto che il diritto langobardo proseguì l'antica consuetudine germanica riportataci da Tacito, il quale non parla di ascendenti, e che quelle leggi che chiamano questi alla successione dei discendenti abbiano introdotto una riforma all'antico diritto germanico (19).

Quanto alla interpretazione da darsi al silenzio di Tacito, non ripeterò qui quanto ho detto innanzi. Quanto al silenzio della legislazione langobarda, io ho già detto in altra mia opera (20) come esso voglia essere spiegato, e come la stessa legislazione offra sicuri argomenti per provare che, dopo l'ordine dei discendenti, venisse quello degli ascendenti, almeno pel padre. Invero tra le leggi di Rotari ve n'è una che così suona: *Item sicut nec patribus licitum est filium suum sine iusta causa aut culpa exhaereditare*, ita nec filius leceat vivo patre cuicumque res suas thingare aut per quodlebet titulum alienare, *nisi filius aut filias legitimas, aut filius naturalis reliquerit, ut ipsis secundum legem suam conservet* (21). Ora questa legge dice chiaramente che come il padre non poteva donare i suoi beni, diseredando i figli, senza giusta causa, così il figlio non poteva alienare i suoi beni, quando viveva ancora il padre, e così diseredarlo. E le ultime parole della legge rendono più chiaro il concetto del legislatore, poichè esse mostrano che, esistendo figli e figlie, questi erano preferiti al padre (22). È vero che alcuni, fondandosi sulla formola a questa legge, l'hanno interpretata nel senso che il figlio, sotto l'autorità paterna, cioè non ancora emancipato, non potesse alienare i suoi beni, senza il consenso del padre. Però questa interpretazione è erronea: la legge non solo parla in generale di *filius* e non di figlio sotto il mundio paterno, ma a giustifica della disposizione invoca quella della legge 168, che vieta al padre diseredare il figlio senza giusta causa.

D'altra parte è risaputo come il mundio del padre

(1) *Lex Saxon.*, 41, 44, 46.
(2) Cf. Ratery, op. e loc. cit.; Salvioli, op. cit., p. 454.
(3) Cf. Walter, *Deutsche Rechtsgesch.*, § 580; Glasson, op. e loc. cit., p. 597.
(4) *Lex Baiuw.*, 15, 8, 9, 10; *Lex Alamann. Loth.*, 55, 1; 57, 1, 11; 91, 95.
(5) Cf. Ratery e Salvioli, cit.
(6) Lindebrog., *Codex legum antiquarum*, 476.
(7) Cf. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, Paris, 1882, I, p. 123-24.
(8) *Lex Franc. Cham.*, 42.
(9) *Westgötolag*, c. a. VII, 1.
(10) Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, loc. cit., p. 435.
(11) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., p. 243.
(12) Nordström, *Bidrag till den svenska samhöllsförtattningen historia*, Helsingfors, 1839-40, II, p. 190.
(13) *Westgötolag*, c. r., VI, 1; *Uplandslag*, Af. bolk., 11, 12, ecc.
(14) *Helsingelag*, Af. bolk., 13, 2; *Uplandslag*, Af. bolk., 12, 13.
(15) *Legge svedese*, Af. bolk., 12, 6.
(16) *Uplandslag*, Af. bolk., 10 pr.
(17) Dareste, *Les anc. lois du Danemark*, loc. cit., p. 113.
(18) Pertile, op. cit., § 121.
(19) Cf. Glasson, nella *Nouvelle Revue historique*, IX, p. 615.
(20) Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, p. 98-99.
(21) *Roth.*, 170.
(22) Cf. Schulte, op. cit., § 178, III; Pappenheim, *Launeg.*, 55.

per l'editto rotariano durava fino a che i figli avessero raggiunto il dodicesimo anno d'età (1), e che solo quelli che erano sottoposti a mundio non potevano contrarre senza il consenso del loro mundualdo (2).

Un altro argomento ne offre un'altra legge di Rotari, la quale, parlando di divisione tra fratelli dopo la morte del padre comune, dice che non dovevano essere posti in collazione i beni ricevuti per donazione, od avuti stando uno dei fratelli *in obsequio* del re o di un duca, ma non parla di beni ereditati (3). Questo silenzio ne induce a credere che se uno dei fratelli premoriva al padre, questi, e non i fratelli, gli succedeva.

Ed altro argomento ne offre una legge di Liutprando, la quale dispone che, se due fratelli od un padre ed un figlio venivano manomessi in modo da divenire amundii, morendo uno di loro senza figli, dovesse succedergli la corte regia, non quindi l'altro fratello, od il padre se era morto il figlio insieme a lui manomesso, od il figlio se era defunto il padre con lui reso amundio (4). Ciò perchè il vincolo di sangue tra costoro, sorto durante la servitù, non era riconosciuto come legittimo, e dopo la manomissione essi erano considerati come estranei. Ma quello che a noi interessa rilevare si è che con questa legge Liutprando implicitamente riconosce al padre il diritto di succedere al figlio morto senza discendenti e che a questa norma si faceva eccezione quando il padre ed il figlio erano stati servi e poi diventati amundii mercè manomissione.

Infine non mancano documenti dell'epoca, i quali provano luminosamente il diritto successorio del padre (5).

Dunque per diritto langobardo al figlio defunto senza discendenti succedeva il padre. « Se, dicevo io in altro lavoro, l'editto non ci parla di successione ascendentale, si è primieramente perchè gli ascendenti erano compresi tra i parenti più prossimi *(parentillam)* (6), e secondariamente perchè essa era di poca importanza, avendosi la proprietà per familiare, e però in potere del padre, anche se acquistata dai figli, eccetto se nei modi ora detti (7) (cioè per donazione od in ossequio del re o di un duca) » (8).

Il Pertile, al quale pare che gli ascendenti non avessero titolo all'eredità dei loro discendenti, dice che in ogni caso non possa dubitarsi che i fratelli fossero preferiti ai genitori (9). Questa opinione, che trova un appoggio nella glossa al cap. 153 di Rotari, non può essere da me, dopo quanto ho detto, accolta. Le leggi 17 e 18 di Liutprando che il Pertile invoca, non provano affatto che i fratelli fossero preferiti ai genitori. Al massimo quelle leggi potrebbero invocarsi per sostenere la esclusione assoluta degli ascendenti. Il silenzio delle leggi liutprandee si spiega come quella delle leggi rotariane, quantunque le une e le altre, e lo si è visto, offrano argomenti per sostenere il diritto successorio del padre. Che questi poi fosse preferito ai fratelli provano a mio modo di vedere, largamente le leggi 167 e 170 di Rotari, come si è visto, quest'ultima specialmente, la quale mostra essere il padre erede, diciamo così necessario, che non poteva essere diseredato, il che invece non era pei fratelli.

Sorgono però dei dubbi circa il trattamento che riceveva la madre, e circa il trattamento degli altri ascendenti. A me pare che la madre fosse esclusa dal padre, e che agli altri ascendenti fossero preferiti i fratelli, avuto riguardo al modo di determinare la parentela ed i gradi seguito generalmente dai popoli di stirpe germanica. Del resto non si hanno dati sicuri per risolvere questi ed altri dubbii cui dà luogo il silenzio della legislazione langobarda, nè la formola alla legge 153 di Rotari può servire di base sicura per risolvere tutti questi dubbii, quantunque essa ne dica che il padre veniva dopo i fratelli, e così l'avo e gli altri ascendenti agnati; che la madre non concorreva col padre ed era esclusa anche dagli altri ascendenti agnati, i quali escludevano anche i cognati, e che la madre e gli ascendenti cognati venivano esclusi financo dalla corte regia (10).

Per altre legislazioni il padre e la madre erano preferiti ai fratelli ed alle sorelle, come per la legge salica (11) e per la ripuaria (12), ed essi concorrevano egualmente, eccetto alle terre aviatiche, che andavano al padre solamente.

È bene qui ricordare che per l'antica legge salica in mancanza di figli era chiamata la sola madre (13), della quale disposizione e del suo significato già innanzi si è discorso. Dopo il padre e la madre erano chiamati i fratelli e le sorelle, e quindi questi erano preferiti agli altri ascendenti (14).

Lo stesso sistema seguiva la legge alemanna (15), quantunque non si possa dire se per questa legge i due genitori concorressero egualmente o il padre escludesse la madre, ipotesi quest'ultima più probabile (16).

Il medesimo sistema si seguiva nella maggior parte dei diritti nordici, con questa differenza, specie nelle leggi più antiche, che il padre escludeva la madre, e questa veniva chiamata solo in mancanza di quello. Così era per l'antica redazione della legge vestrogotica (17), così ancora per la legislazione norvega (18). Quanto agli altri ascendenti essi venivano dopo i fratelli e le sorelle ed i figli di costoro; e prima l'avo paterno, poi l'avo materno, e l'avola materna era preferita allo zio paterno (19). Però con l'avo paterno concorreva l'avola paterna egualmente (20).

Per qualche legge se premoriva l'unico figlio maschio, lasciando la madre e le sorelle, queste dividevano con quella (21). Per qualche altra il padre era chiamato dopo i figli, ma la madre solo dopo i fratelli (22). Per qualche altra i genitori prendevano la metà, l'altra metà dei beni ereditari andava ai fratelli ed alle sorelle (23). Per qualche altra ancora il padre escludeva la madre, i fratelli e le sorelle, la madre invece concorreva

(1) *Roth.*, 155.
(2) *Roth.*, 233, 235.
(3) *Roth.*, 167.
(4) *Liutpr.*, 77.
(5) Troya, *Cod. dipl. longob.*, 983; *Memorie lucch.*, v, 256.
(6) *Roth.*, 153.
(7) *Roth.*, 167.
(8) Ciccaglione, op. cit., i, 99.
(9) Pertile, op. cit., § 124.
(10) *Form. ad. l.* 153 *Roth.*, § 12, 13, 14.
(11) *Lex Salica emend.*, 62, 1, 2.
(12) *Lex Ribuarior.*, 56, 1, 2.
(13) *Lex Salica ant.*, 58, 1.
(14) *Lex Salica ant.*, 58, 1, *emend.*, 62, 5; *Lex Ribuar.*, 56, 3.
(15) *Lex Alamann.*, 105.
(16) Vedi per i Frisii *Lex Frision.*, 19, 2.
(17) *Westgötolag*, vii, 1.
(18) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., p. 249.
(19) *Westgötolag*, vii, 1.
(20) *Westgötolag*, vii, 3.
(21) *Westgötolag*, c. a., vii, 2.
(22) Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, loc. cit., p. 495.
(23) *Seelandlag*, i, 15; Dareste, *Les anciennes lois suédoises*, loc. cit., p. 574.

con costoro (1). Gli altri ascendenti venivano sempre dopo, appunto perchè erano di una parentela più lontana.

Per altre leggi invece i collaterali più prossimi (geschwistern) erano preferiti agli ascendenti. Così per la legislazione burgundica, mancando figli e figlie, era chiamata la sorella del defunto od i più prossimi parenti (2). La sorella quindi era preferita alla madre. Se inoltre premoriva un figlio, la sua quota era goduta in solo usufrutto dal padre, e dopo la costui morte, andava ai fratelli del figlio predefunto (3). Che anzi, se premoriva una figlia, la sua quota agli ornamenti donneschi, andava alle sorelle di lei, ed in mancanza ai fratelli, e non al padre neppure in usufrutto (4). Lo stesso era per la madre, la quale, se vedova e le premoriva un figlio senza eredi immediati, riceveva i beni di lui in solo usufrutto sua vita durante, dovendo dopo la sua morte trasmetterli agli eredi dello stesso (5). Con una legge posteriore però si dispose che in tal caso la madre dovesse avere la metà dei beni del figlio in piena proprietà, l'altra mezza parte toccando ai parenti più prossimi del premorto (6).

Anche la legge dei Turingi preferiva, nel caso che mancassero figli o figlie, la sorella del defunto alla madre di lui nei beni mobili ereditari (7). E può dirsi che lo stesso sistema seguisse la legge sassone, quantunque in questa non si legga una disposizione esplicita, poichè essa chiama al mundio della vedova, dopo il figlio, il fratello del marito defunto e non il padre (8).

**67.** III. Il terzo ordine era quello dei collaterali, ordine che secondo le varie leggi si estendeva fino al quinto (9), al sesto (10), al settimo grado (11).

In questo ordine succedevano prima i fratelli e le sorelle. Si è visto come e in quali limiti secondo il diritto langobardo le sorelle concorressero con le figlie del defunto, sicchè nella coesistenza di figlie, fratelli e sorelle del defunto, i fratelli prendevano per l'editto di Rotari la quota che toccava ai più prossimi parenti. Nella mancanza di figlie però i fratelli escludevano le sorelle, come ne è dato rilevare da alcune disposizioni dell'editto rotariano, specialmente da quella che alla eredità del fratello ucciso chiama i soli fratelli legittimi e non i naturali (12), e da quella disposizione di Liutprando che all'eredità del fratricida chiama i fratelli (13). Solo in mancanza di fratelli succedevano le sorelle tanto nubili che maritate, secondo una legge di Liutprando (14), e ad esse Astolfo equiparò le zie del defunto (15).

Alcuni sostengono che in concorso di fratelli e sorelle queste escludessero quelli, e si appoggiano alla legge terza di Liutprando, alle *expositio* a questa legge, ed alla legge 145 anche di Liutprando. La legge 3 è vero che non fa alcuna distinzione, se cioè con le sorelle concorressero o pur no i fratelli, ma questa distinzione non era necessaria, perchè dalle leggi generali di Rotari e da altre di Liutprando era assodato la preferenza dei fratelli. La legge 145 poi non può servire di argomento. Nell'ipotesi fatta dalla legge il defunto non aveva lasciato solo fratelli e sorelle, ma figlie, sorelle e fratelli, e le figlie avevano esclusi i fratelli e con esse, per una disposizione speciale al diritto langobardo, erano concorse le sorelle. Era poi sorta questione, se, morendo la figlia, la sua quota si dovesse accrescere alle sorelle, o se dovesse andare allo zio, e Liutprando decise che dovesse andare allo zio, il quale ne aveva il mundio. Questa legge non può quindi offrire argomento per l'opinione che combattiamo. Nè deve far meraviglia che con le figlie concorressero le sorelle e non i fratelli del defunto; è, come dicevo, una specialità del diritto langobardo, la quale, a mio modo di vedere, ha la seguente base. Le sorelle *in capillis* del defunto erano restate in casa, escluse dai loro fratelli; erano quindi rimaste nella comunione familiare. Morto un fratello, senza figli maschi, e con sole figlie, queste si trovavano nella comunione di famiglia come le loro zie paterne, e poichè Liutprando aveva disposto che del patrimonio del defunto nessuna parte dovesse andare ai parenti, nella esistenza di figlie, come Rotari aveva chiamato le sorelle in concorso con queste, così Liutprando chiamò con le figlie le sorelle *in capillis* a tutta l'eredità, appunto perchè rimaste nella comunione familiare, ed avevano come le figlie un diritto di aspettativa sul patrimonio comune. E poichè la medesima posizione avevano le zie del defunto restate nubili, così Astolfo chiamò anche queste con le figlie e con le sorelle.

La legge turingia parla solo della sorella, come s'è visto (16), ma dal sistema stesso di successione da quella legge ammesso si può desumere che il fratello escludesse la sorella; e per la legge sassone s'è visto come il fratello fosse preferito allo stesso padre (17).

La medesima cosa pare possa dirsi per la legge degli Alemanni, la quale fa comprendere che in mancanza di discendenti e di ascendenti succedessero in prima linea i fratelli e le sorelle (18); che poi quelli escludessero queste potrebbe desumersi dal fatto che i figli escludevano le figlie, come si è visto. Il medesimo sistema in fondo seguiva il diritto burgundico, poichè esso al fratello premorto chiama gli altri fratelli (19), in mancanza le sorelle (20). Però alla quota degli ornamenti di una sorella defunta succedevano le sole sorelle, ed in mancanza loro i fratelli (21).

Per diritto franco i fratelli e le sorelle concorrevano egualmente all'eredità del fratello defunto, ma solo i fratelli ereditavano la terra salica od aviatica (22).

Per i diritti nordici infine i fratelli erano preferiti alle sorelle (23).

Le legislazioni germaniche, generalmente parlando, non fanno distinzione tra fratelli germani, consanguinei ed uterini. Però che i primi fossero preferiti agli ultimi si rileva oltre che dalla formola alla legge 153 di Rotari (24), dalle legislazioni posteriori. Era per altro una

(1) *Schonenlag*, 2, 7.
(2) *Lex Burgund.*, 14, 2.
(3) *Lex Burgund.*, 51, 2; 78, 1.
(4) *Lex Burgund.*, 51, 5, 6.
(5) *Lex Burgund.*, 24, 3, 4.
(6) *Lex Burgund.*, 53.
(7) *Lex Turing.*, 27.
(8) *Lex Saxon.*, 7, 2; 47.
(9) *Lex Ribuar.*, 36, 6; *Lex Thuring.*, 34.
(10) *Lex Salica ant.*, 58.
(11) *Roth.*, 153; *Lex Baiuwar.*, 15, 10.
(12) *Rot.*, 162; Cf. anche 163.
(13) *Liutpr.*, 17.
(14) *Liutpr.*, 3, 14.
(15) *Aistul.*, 10.
(16) *Lex Thuring.*, 26, 32.
(17) Arg. *Lex Saxon.*, 7, 2.
(18) *Lex Alamann.*, 40.
(19) *Lex Burgund.*, 51, 2; 78, 1.
(20) *Lex Burgund.*, 14, 2.
(21) *Lex Burgund.*, 51, 5, 6.
(22) *Lex Salica ant.*, 58, 2; *Emend.*, 62, 2; *Lex Ribuar.*, 56, 2.
(23) *Westgötolag*, c. a, VII, 1; Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., p. 249; *de l'Islande*, loc. cit., 495.
(24) *Form. ad l.* 153 *Roth.*, 3, 18.

conseguenza del fondamento del diritto successorio; i figli di un primo marito, quantunque nati da una stessa madre, non facevano parte della famiglia, cui appartenevano i figli del secondo marito. Tra loro quindi mancava quella certa comunione di famiglia, che dava, a preferenza degli altri parenti, un diritto di aspettativa al patrimonio del proprio fratello.

In mancanza di fratelli e di sorelle la legge salica antica chiama la sorella della madre (1); alcuni testi più recenti chiamano anche la sorella del padre, ma dopo quella; la legge emendata invece chiama prima la sorella del padre e poi quella della madre (2). La legge antica conservava adunque l'antica particolare tradizione della preferenza dei parenti della linea materna; l'emendata invece sancisce il nuovo principio della preferenza dei parenti della linea paterna. Si discute poi, se il silenzio della legge antica sul fratello della madre e della emendata sul fratello del padre significasse esclusione di questi, e varie sono le opinioni; molti però sostengono che essi non fossero esclusi, e che concorressero lo zio paterno con la sorella del padre, il materno con quella della madre (3).

Per la legge vestrogotica, dopo i fratelli e le sorelle, venivano prima i nipoti *ex filio* e poi i nipoti *ex filia*, dopo questi i figli di fratelli ed in mancanza i figli di sorelle, poi come s'è visto gli avi (4). Per diritto islandese dopo i fratelli e le sorelle venivano gli avi, i nipoti *ex filio*, gli zii, le zie, i nipoti e le nipoti di fratello (5).

Le altre leggi, generalmente parlando, dopo i fratelli e le sorelle chiamano i più prossimi parenti. Alcune leggi, quanto ai collaterali, chiamano solamente quelli della linea paterna, come la legge turingia (6) e la burgundica (7).

Si fa questione se la legge salica chiamasse i soli parenti della linea paterna od anche quelli della linea materna, quando mancassero gli zii e le zie paterni e materni. Alcuni testi invero della legge antica salica chiamano i parenti *ex patre*, *ex paterno genere*, *ex paterna generatione*, altri invece, come quello del Codice parigino, n. 4404, chiamano i più prossimi *ex illis generationibus*, cioè tanto della linea paterna quanto della materna. Ma la legge emendata chiama i soli parenti della linea paterna (8). La legge ripuaria chiama tanto i parenti della linea paterna quanto quelli della materna poichè in essa si legge: *Deinceps usque quinto genniculo, qui proximus fuerit in hereditatem succedat* (9).

Altre leggi, come l'alemanna (10) e la langobarda (11) chiamano tanto i parenti della linea paterna quanto quelli della materna, ma pare che i primi fossero preferiti ai secondi (12).

Invece i diritti nordici disponevano che, al di là dei parenti dalle leggi espressamente nominati, ed ai quali appartenevano tanto quelli della linea paterna quanto quelli della linea materna, l'eredità si dividesse in due parti uguali, l'una delle quali da assegnarsi ai parenti paterni, l'altra ai materni, sempre che però fossero nel medesimo grado (13).

**68.** Dovendo discorrere della successione dei figli naturali, non ripeterò quanto innanzi ho detto a proposito della capacità di succedere, limitandomi qui a dire della quota che loro era assegnata.

Nel diritto langobardo, l'editto di Rotari chiama i naturali anche in concorso con i figli legittimi, ed in tal caso l'eredità si divideva in un numero di parti doppio del numero dei figli legittimi più una, e mentre quest'ultima era presa dai figli naturali, senza aver riguardo al loro numero, le altre si dividevano egualmente tra i legittimi. E però se uno era il legittimo e uno o più i naturali, il primo aveva i due terzi, i secondi un terzo; se i legittimi erano due avevano i quattro quinti, ed i naturali il solo quinto; se tre, i sei settimi ed i naturali un settimo; se quattro gli otto noni ed i naturali un nono, e così di seguito (14). Qualche scrittore (15) ha creduto che il concorso dei figli naturali avesse luogo solamente quando i figli legittimi fossero sette o meno, e non quando in numero maggiore, e ciò desume dalle ultime parole della legge 154 di Rotari, le quali suonano: *si autem plures fuerint per hoc numero dividant patris substantiam.* Ora a me sembra che queste parole non contengano in alcun modo l'esclusione dei figli naturali, ma vogliano dire che essendo i legittimi più di sette, i naturali dovessero avere una parte proporzionale secondo le norme già esposte (16), cioè un diciassettesimo se quelli erano otto, un diciannovesimo se nove, e così via (17). Solo allora i figli naturali potevano concorrere egualmente con i legittimi, quando questi, arrivati all'età maggiore, consentivano a che i naturali fossero equiparati a loro (18). È superfluo dire che i figli naturali dovevano essere nati liberi per succedere (19).

La quota assegnata ai figli naturali era maggiore se concorrevano con figlie legittime del defunto, poichè se una era la figlia essi prendevano un terzo, e gli altri due terzi andavano uno alla figlia e l'altro ai più prossimi parenti, od in mancanza, alla corte regia (20); se le figlie erano più o concorrevano anche sorelle del defunto, l'eredità si divideva in dodici once, di cui sei alle figlie ed alle sorelle, quattro ai naturali, due ai parenti più prossimi od alla corte regia (21). I naturali avevano anche diritto al mundio delle donne, ma essi ne conseguivano solo il terzo, essendo gli altri due terzi riservati ai figli legittimi (22). Non aveva diritto a succedere all'avo il nato da un figlio naturale liberato dalla servitù dal padre suo; l'avo però poteva donargli parte del suo patrimonio (23).

Liutprando, come si è detto, escluse i figli naturali ma i figli legittimi potevano loro assegnare qualche cosa sull'eredità paterna; che se mancavano figli legittimi ed i naturali possedevano per trent'anni (parte

(1) *Lex Salica ant.*, 58, 3.
(2) *Lex Salica emend.*, 62, 3.
(3) Glasson, loc. cit., p. 617.
(4) *Westgötolag*, c. a., VII, 1.
(5) Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, loc. cit.
(6) *Lex Thuring.*, 34.
(7) *Lex Burgund.*, 14, 2; 53.
(8) *Lex Salica ant.*, 58, 4; *emend.*, 62, 4.
(9) *Lex Ribuar.*, 56, 3.
(10) *Lex Alamann.*, 40.
(11) *Roth.*, 153, 158, 159, 160.
(12) *Form. ad l.* 153 *Roth.*, § 23.
(13) *Westgötolag*, c. a., VII, 3; Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, loc. cit.
(14) *Roth.*, 154.
(15) Abignente, op. cit., pag. 52.
(16) Cf. Grimm, *R. A.*, 476; Walter, op. cit., § 575.
(17) Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, p. 97.
(18) *Roth.*, 155.
(19) *Roth.*, 156.
(20) *Roth.*, 158.
(21) *Roth.*, 159, 160.
(22) *Roth.*, 161.
(23) *Roth.*, 157, in confr. con 156.

o tutta) l'eredità paterna, senza opposizione dei parenti, essi usucapivano (1).

Si è visto come, per alcune leggi nordiche, i naturali, esclusi dalla eredità paterna, concorressero egualmente con i legittimi alla eredità materna (2). Per la legge d'Upland, il figlio naturale doveva essere alimentato dalla madre fino all'età di tre anni, dal padre fino ai sette; egli era chiamato alla eredità tanto dell'uno quanto dell'altra, ma dalla prima non poteva avere più di due marchi, del secondo più di un marco (3). Anche per diritto norvega i naturali erano chiamati all'eredità dei genitori, ma in una misura inferiore a quella dei legittimi. Però il padre, con il consenso di questi, poteva equipararli loro, e gli stessi fratelli legittimi potevano ciò fare, premorto il padre, seguendo certe date formalità (4).

Nel diritto islandese i naturali erano esclusi dai figli, dai fratelli e dai genitori legittimi del defunto. In mancanza venivano essi chiamati e prima degli altri parenti, e i maschi escludevano le femmine (5).

Per le leggi nordiche i figli naturali potevano essere legittimati per susseguente matrimonio ed allora essi erano equiparati ai legittimi (6). Per diritto norvega la legittimazione si aveva quando il padre, col consenso dei figli legittimi e con forme solenni, equiparava a questi il figlio naturale (7). Il medesimo può dirsi avvenisse per diritto langobardo (8).

**69.** Generalmente parlando, di una vera successione del coniuge superstite, nei diritti germanici non si può parlare, perchè se il marito succedeva alla moglie, ciò avveniva per il diritto del mundio che quegli aveva su questa. Tale principio risulta chiarissimo dal diritto langobardo (9), tanto vero che, se il marito perdeva questo mundio per una delle cause contemplate dalle leggi (10), egli perdevà anche il diritto di succedere alla moglie (11). Questo principio però non si legge espressamente in altre leggi, quantunque sembri che esso fosse in vigore (12).

Per altre leggi non pare fosse ammesso tale principio, come per la legge alemanna, la quale dopo aver disposto che morta la moglie di parto, e poscia il neonato dopo aver vissuto un'ora ed aperto gli occhi, l'eredità materna dovesse andare al padre, soggiunge che, se il padre non può provare la vitalità del nato, *cuius est proprietas ipse conquirat* (13). Anche la legge salica non chiama il marito a tutta l'eredità della moglie, poichè dispone che, premorta la moglie senza eredi, della dote di lei una parte vada ai più prossimi parenti della stessa (14).

La moglie ordinariamente lucrava le donazioni ricevute dal marito; ma, come facilmente si comprende, non in forza di un diritto successorio, sibbene in forza della donazione lucrava la dote o *morgengab* e via. Ciò era per diritto langobardo (15); ciò ancora per diritto alemanno (16) e bavaro (17).

Per alcune leggi però la vedova non addiveniva proprietaria delle donazioni nuziali dopo la morte del marito. Così per diritto sassone essa ne aveva solo l'usufrutto sua vita durante, e dopo la sua morte, se non aveva figli, quelle donazioni ritornavano agli eredi del donante (18). Così ancora per diritto burgundico la vedova senza figli godeva del *morgengab* sua vita durante, ma dopo la morte sua, la donazione si divideva in due parti, metà ai parenti di lei, metà a quelli del marito donante (19). Per la legge salica poi la vedova senza figli lucrava solo i due terzi della dote, che passando a seconde nozze aveva diritto di portare seco (20).

Alcune di queste leggi poi accordavano dei vantaggi alla vedova, che non passava a seconde nozze. Così la legge bavara le accordava l'usufrutto di una quota eguale a quella dei figli, ed, in mancanza di questi, la vedova divideva con i parenti i beni mobili (21). La legge burgundica dava alla vedova con figli l'usufrutto di un terzo o di un quarto, secondo che i figli erano uno o più (22), alla vedova senza figli l'usufrutto di un terzo (23). Però con una disposizione posteriore tale usufrutto le veniva accordato solo se non avesse beni proprii sufficienti, od il marito non le avesse lasciato, mancando figli, quanto le fosse potuto esser necessario (24).

Per i diritti nordici v'era il sistema di comunione tra gli sposi, e quindi, allo scioglimento del matrimonio, i beni della comunione si dividevano, e lo sposo superstite prendeva la sua quota. Questa quota, secondo la legge vestrogotica ed altre leggi svedesi, era di un terzo per la vedova, la quale aveva anche diritto a tre marchi pel suo *hindradaghsgaef* (25), e di due terzi per il vedovo e per i suoi eredi (26). Ma tale divisione non cadeva sui beni ricevuti da ciascuno degli sposi per successione, non sugli immobili, e neanche sugli animali avuti per successione, ma solo sui mobili e sugli acquisti fatti, come sui nati dagli animali (27). Questo sistema di divisione della comunità naturalmente aveva luogo, se non vi erano stati altri patti diversi.

Per la legislazione danese la comunità cadeva anche sui mobili e sui beni acquistati, ma il coniuge superstite, nella inesistenza di figli, ne lucrava la metà; che se vi erano figli, esso aveva una parte eguale a quella toccante a costoro (28).

Anche presso i Westfali (Sassoni), se gli sposi avevano acquistato qualche cosa in comune la vedova ne prendeva la metà; gli Astfali invece le negavano un tal diritto, accordandole solo la dote in usufrutto, sua-vita durante (29).

(1) *Liutpr.*, 105; Cf. *Aistulfi*, 8.
(2) Vedi sopra n. 56.
(3) *Uplandslag*, Arf. bolk., 23.
(4) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., pag. 237.
(5) Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, loc. cit.
(6) *Westgötolag*, c. a., VIII, 3.
(7) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit.
(8) *Roth.*, 155.
(9) *Roth.*, 184, 186, 200; *Liutpr.*, 14, 57, 130.
(10) *Roth.*, 195, 196, 197; *Liutpr.*, 120.
(11) *Liutpr.*, 130; Cf. *Pertile*, op. cit., III, 177.
(12) *Lex Burgund.*, 14, 3, 4; 51, 5; *Lex Turing.*, 32.
(13) *Lex Alamann.*, 105.
(14) *Lex Salica ant.*, 72.
(15) *Roth.*, 182, 199.
(16) *Lex Alamann.*, 55, 56.
(17) *Lex Baiuwar.*, 15, 8.
(18) *Lex Saxonum*, 47, 48.
(19) *Lex Burgund.*, 24, 1, 2; 74, 2.
(20) *Lex Salica ant.*, 71.
(21) *Lex Baiuwar.*, 15, 7, 8, 10.
(22) *Lex Burgund.*, 61, 1; 74, 2, 3.
(23) *Lex Burgund.*, 42, 1.
(24) *Lex Burgund.*, 74, 1.
(25) Secondo l'opinione generalmente accettata l'*hindradaghsgaef* era il prezzo della verginità, che si dava però anche alle vedove oneste.
(26) *Westgötolag*, c. a., VII, 18; VIII, 9, 2; c. r., VI, 25, 26; *Uplandslag*, *Aft. Bolk.*, III; Cf. d'Olivecrona, *Om makars giftöraft i bo*. Upsal, 5ª ediz., p. 200.
(27) *Westgötolag*, c. a., VII, 16; *Uplandslag*, Aft. bolk., III, 1.
(28) Dareste, *Les anciennes lois du Danemark*, loc. cit.
(29) *Lex Saxon.*, 48.

**70.** Tra le legislazioni germaniche alcune solamente dettano norme per regolare la successione nel patrimonio dei manomessi. Il diritto langobardo distingueva il *fulfreal*, quel manomesso cioè su cui il patrono avevasi riservato il mundio, dall'amundio, quel manomesso cioè che era diventato completamente libero, e chiamava alla successione del primo i figli legittimi ed anche le figlie ed i naturali nella proporzione determinata dall'editto di Rotari (per i naturali ciò durò fino a Liutprando); in mancanza di figli, e se il *fulfreal* non aveva donato le sue cose, succedeva il patrono (1). Alla successione del secondo venivano i figli prima, ed in mancanza la Corte regia (2), e già innanzi si è visto come Liutprando negò il diritto scambievole di succedersi a due fratelli od al padre ed al figlio, che fossero stati contemporaneamente manomessi e resi amundii (3).

La legge ripuaria disponeva che al manomesso, il quale trovavasi sotto il mundeburbio del re, e fosse morto senza figli, succedesse il fisco (4); che se il mundeburdio si apparteneva alla Chiesa, questa era chiamata in mancanza di discendenti (5). Ma la legge stessa non dice se vi fossero manomessi che restavano sotto il mundio del manomittente, e se ad essi succedesse il patrono, mancando figli; ond'è che alcuni credono come la legge ripuaria non riconoscesse alcun diritto nel patrono, altri che come la Chiesa, così il patrono succedesse al liberto, su cui aveva il mundio (6). È bene però notare che la legge ripuaria ammetteva la manomissione secondo la legge romana, ed è quasi certo che l'eredità di tali manomessi fosse devoluta secondo le leggi romane.

La legge salica, al contrario della ripuaria, tace sull'argomento; ma da alcune formole pare sia lecito desumere che, presso i Franchi Salii, al manomesso succedesse sempre il fisco, anche quando esistessero figli di lui. Quelle formole invero portano che i manomessi solevano affidare i loro beni a qualcuno, perchè dopo la loro morte li passasse ai loro figli; e poichè spesso questa persona riteneva i beni per sè, tradendo la fiducia in lui riposta, i manomessi solevano chiedere ed ottenere dal Sovrano in grazia che loro succedessero i figli (7).

Coll'andare del tempo però il diritto del patrono e del fisco venne a restringersi, e ad allargarsi quello dei parenti del manomesso, ed infatti per un capitolare dell'803 al manomesso succedevano i suoi parenti fino alla terza generazione (8).

Per le legislazioni nordiche i diritti dei parenti alla successione di un manomesso erano più larghi. Invero, il patrono succedeva solo quando mancavano figli legittimi o legittimati, figlie, fratelli o sorelle (9). Inoltre la moglie del manomesso aveva diritto alla sua quota sui mobili e sugli acquisti della comunione e ad un marco pel suo *hindradaghsgaef* (10). Che se questo non era stato donato al tempo delle nozze, la vedova, oltre il terzo, aveva tre marchi. Se poi la vedova del manomesso era una schiava, e non aveva ricevuto il *hindradaghsgaef*, ella aveva diritto alla metà dei beni della comunione (11).

**71.** Tra le legislazioni germaniche quelle che sono più larghe e complete ci offrono altri casi di successioni speciali o straordinarie:

*a)* Uno di questi casi era la successione a colui che entrava in un monastero, la quale, quantunque si fondasse sui vincoli di sangue, aveva questo di speciale che si apriva prima della morte dell'autore. Il diritto langobardo prevedeva il caso di una vedova che entrasse in monastero, e disponeva che, avendo figli, due parti della sua sostanza dovessero andare a questi, l'altra parte potesse ella portare seco in monastero, al quale restava dopo la morte di lei; che, non avendo figli, la sola metà si lucrasse dai parenti legittimi, restando l'altra metà in suo potere, e dopo la sua morte al monastero (12).

Il diritto vestrogotico poi, ha una disposizione consimile, ma esso parla in generale di colui che entrava in monastero, ed il quale doveva dividere i suoi beni con i proprii eredi, compreso nel numero degli eredi anche lui, e la quota che gli spettava solamente egli portava in monastero, al quale restava dopo la sua morte (13).

*b)* Un altro caso era quello della successione ad un assente. Se uno si allontanava dalla sua casa per tre anni e non dava notizia di sè, la sua successione si apriva secondo le norme determinate dalle leggi, e gli eredi entravano nel pieno dominio delle cose ereditarie. Che se l'assente ritornava, non poteva ricuperare le sue cose, e nè rientrare in casa, senza il consenso del sovrano (14).

*c)* Un terzo caso ne offrono le leggi e riguarda gli stranieri. Per diritto langobardo ad uno straniero, posto sotto il mundeburdio regio, succedevano i soli figli legittimi; in mancanza loro, la corte regia. Che anzi era espressamente vietato allo straniero, orbo di figli, donare od alienare le sue cose, senza il consenso del re (15).

La legge vestrogotica distingue l'inglese dagli altri stranieri, che sono compresi sotto la denominazione di alemanni. All'inglese succedeva il più prossimo parente, e trovandosi questi assente, la successione restava aperta un anno, dopo il quale l'eredità era devoluta al fisco, ovvero al vescovo, se l'inglese defunto era un sacerdote. Ad ogni altro straniero invece succedevano i soli figli, e, questi mancando, il fisco od il vescovo, secondo che il defunto era un laico od un sacerdote (16).

*d)* Si è visto innanzi come colui che uccideva un parente venisse escluso dalla successione dell'ucciso. Il diritto langobardo, trattando dell'eredità dell'uccisore, disponeva che andasse ai più prossimi parenti, esclusi i fratelli, se si trattava di un fratricida (17). Liutprando riformò questa disposizione rotariana, chiamando all'eredità del fratricida i fratelli, e, mancando questi, i figli del fratello ucciso (18). Però l'imperatore Lotario, riformando tale disposizione, dispose a sua volta che l'eredità di colui che uccideva un parente al quale avrebbe dovuto succedere, andasse senz'altro al fisco (19). E questa norma fu seguita in prosieguo (20), ed essa si legge anche in altre legislazioni germaniche (21).

**72.** Per regola generale a tutte le legislazioni germaniche, in mancanza di parenti successibili, l'eredità

(1) *Roth.*, 224, 225.
(2) *Roth.*, 224.
(3) *Liutpr.*, 77.
(4) *Lex Ribuar.*, 57, 1.
(5) *Lex Ribuar.*, 58, 4.
(6) Cf. Glasson, loc. cit., p. 619.
(7) Rozière, *Form.*, 121.
(8) *Cap.*, 803, 10; *Pipp.*, 12.
(9) *Westgötolag*, c. a., VII, 23; Cf. C. R., VI, 32.
(10) *Westgötolag*, c. a., VII, 25; Cf. C. R., VI, 35.
(11) *Westgötolag*, c. a., VIII, 4, 1, 2.
(12) *Liutpr.*, 101.
(13) *Westgötolag*, c. a., VII, 9; c. r., VI, 13.
(14) *Liutpr.*, 18.
(15) *Roth.*, 367.
(16) *Westgötolag*, c. a., VII, 14 pr. e 31. Cf. c. r., VI, 17, 18.
(17) *Roth.*, 163.
(18) *Liutpr.*, 17.
(19) *Loth.*, 59.
(20) *Const. Heinrici*, I, a. 1019, 2.
(21) *Lex Alamann.*, 40; *lantfridana*, 39.

era devoluta al fisco (1). Il fisco inoltre, come si è potuto rilevare nei numeri precedenti, in taluni casi aveva un diritto speciale all'eredità di un defunto, anche nella coesistenza di eredi legittimi.

Per diritto langobardo poi, prima delle riforme di Liutprando, il fisco, in mancanza di parenti legittimi prossimi, concorreva con le figlie e con le sorelle del defunto e con i figli naturali, come già innanzi si è avuto occasione di vedere.

**73.** Veduto così l'ordine successorio nelle legislazioni germaniche ed i varii casi di successioni speciali o straordinarie, è uopo ora vedere le norme che regolavano l'apertura della successione, il carattere della continuazione del possesso negli eredi, il pagamento dei debiti ereditarii, la divisione dell'eredità, la collazione.

La successione, salvo i casi innanzi veduti, si apriva alla morte del *de cuius*, e nel luogo dove questi domiciliava, come ne è dato rilevare da alcune legislazioni (2) specialmente delle nordiche (3) a proposito della divisione e della liquidazione dei debiti del defunto, come avrassi occasione di vedere più innanzi.

Quanto al caso di persone morte in modo che non si sapesse quale di esse fosse morta prima, la maggior parte delle legislazioni germaniche non dettano alcuna norma. Alcune norme precise si leggono nelle legislazioni svedesi, specialmente nella legge vestrogotica. Per questa legge se due persone erano malate nella stessa casa e morivano, in modo che l'una non sopravvivesse tanto da ricevere la comunione; se due persone stando in diversi luoghi morivano nel medesimo giorno, o se morivano essendosi recate amendue ad un luogo di ritrovo; o se soccombevano insieme in un incendio nella medesima casa, od in uno stesso naufragio, si presumeva che fossero morte contemporaneamente e l'una non ereditava dall'altra. Che se due persone si erano separate, l'una restando in casa, l'altra allontanandosene per un viaggio e morivano, senza potersi precisare chi fosse morta prima, la legge disponeva che si presumessero morte contemporaneamente (4).

Queste norme venivano ripetute dalla maggior parte delle leggi provinciali svedesi (5); e la legge d'Upland a questo proposito, cioè nel caso che non si sapesse quale di due persone fosse morta prima, la seguente regola: *faepaerni til faepaernis, ok möpaerni til möpaernis* (paterna paternis, materna maternis) (6).

**74.** Già innanzi, parlando delle note caratteristiche del diritto successorio nelle legislazioni germaniche, ho avuto occasione di notare come per il fondamento e l'indole del diritto successorio l'erede avesse un diritto di aspettativa sui beni del suo autore, diritto che veniva in atto alla morte di costui, ond'è che quegli entrava di diritto nel possesso dei beni ereditarii, senza bisogno cioè di adizione, e senza che si considerasse, come in diritto romano, continuatore della personalità giuridica dell'autore. Dissi pure come da questa continuità di possesso fossero venute le massime: ***Der Totd erbt den Lebendigen*** e ***Le mort saisit le vif.***

Non tutti però sono di accordo circa la portata del principio che l'erede per la morte stessa dell'autore acquistasse il possesso dell'eredità, poichè alcuni sostengono che l'erede non avesse bisogno di far atto materiale di possesso (7); altri che per la morte dell'autore l'erede acquistasse il diritto al possesso delle cose ereditarie e che dovesse quindi prendere poi possesso delle medesime (8). Veramente non è facile a decidersi per l'una o per l'altra opinione, poichè le legislazioni medioevali offrono argomenti per l'una o per l'altra. Il Valter ad esempio, sostenitore della prima opinione, trae argomenti dal Sächs. Lehnrecht (VI, 3, 1), dal Sachsenspiegel (III, 835, § 1) e dallo Stadtrecht von Bamberg (9). Gli altri si appoggiano all'uso costante, pel quale l'erede prendeva possesso con solenni forme dei beni ereditarii. Pare che per i diritti nordici ancora l'erede dovesse prendere possesso dell'eredità, poichè trovo che l'erede maggiore di età doveva, nei sette giorni dopo il decesso del suo autore, od al più tardi dopo trenta giorni, presentarsi (10). Però per molti statuti e leggi italiane posteriori, come sarà veduto, l'erede si trovava in possesso di diritto delle cose ereditarie.

Ma si accolga l'una o l'altra di queste opinioni, il certo è che l'erede soleva innanzi ai tribunali e con forme solenni prendere possesso dell'eredità (11).

**75.** Se per diritto germanico l'erede si trovava *ipso iure*, nel possesso dei beni ereditarii, senza bisogno di adizione o di accettazione, il patrimonio del defunto passava a lui nello stato in cui trovavasi alla morte di quello, e quindi con tutti i pesi e con tutte le passività che lo gravavano (12). Di qui seguiva nell'erede l'obbligo di pagare i debiti del defunto (13) non solo, ma anche di eseguire le convenzioni conchiuse da costui (14), di rifare i danni prodotti per delitti dall'autore perpetrati (15), di pagare il quidrigildo dovuto dal defunto (16).

Però siccome il diritto germanico non aveva accolto il principio che l'erede continuasse la personalità giuridica del defunto, così ne seguiva che l'erede non fosse tenuto *ultra vires haereditatis*; e quindi se il patrimonio del defunto non era sufficiente a soddisfare tutti i debiti, l'erede non era tenuto a pagare il resto *de proprio* (17). Questo principio che, scaturendo dall'in-

(1) *Roth.*, 153; *Lex Salica ant.*, 43, 10; *Lex Baiuwar.*, 15, 10; *Westgötolag*, VII, 14, § 2, ecc.

(2) *Roth.*, 167, 199.

(3) Dareste, *Les anciennes lois de l'Islande*, loc. cit.

(4) *Westgötolag*, c. a., VII, 13.

(5) *Sodermannalag*, Af. bolk., 6; *Helsingelag*, Af. bolk., 13; *Ostgötolag*, Af. bolk., 6.

(6) *Uplandslag*, Af. bolk., 17.

(7) Pertile, op. cit., § 129; Walter, op. cit., § 586, n. 4; Beseler, *Lehrb. d. deutsch. Privatrecht*, § 134; Heusler, *Gewere*, p. 172-181; Schulte, op. cit., § 184.

(8) Stobbe, *Gewere*, p. 461; Randa, *Besitz*, 2ª ediz., p. 392.

(9) Walter, op. e loc. cit.

(10) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., p. 397.

(11) Cf. Behrend, *Anevang u. Erbengewere*, 1885, London; Pappenheim, *Anefangsklage in ihrer urspr. Bedeut.*, 1886, § 1-3.

(12) Stobbe, *Ueber d. Eintreten der Erben in die Obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach. deutsch. Recht.* nei *Iahrb. d. gem. deut. Rechts. V.*, 293-349; Lewis, *Succession des Erben in die obligationen des Erblassers nach. deut. Rechts.*, 1864; Winroth, *La responsabilité des héritiers en ce que concerne les obligations du défunt*, etc., Upsal 1879; Salvioli, *La responsabilità dell'erede pel delitto del defunto; Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. II, p. 3-46, 173-210.

(13) *Roth.*, 175, 365, 385; *Liutpr.*, 19; *Lex Burgund.*, 65, 1, 2; *Lex Ribuar.*, 67, 1; *Lex Wisigoth.*, V, 6, 6; VII, 6, 6; *Westgötolag*, c. a., VII, 4, § 2.

(14) *Roth.*, 362; *Lex Ribuar.*, 59, 6; 67, 1; *Lex Wisigoth.*, II, 5, 4; VII, 5, 8.

(15) *Liutpr.*, 19; *Lex Wisigoth.*, VII, 2, 19; *Lex Ribuar.*, 79; *Burgund.*, 29, 1.

(16) *Lex Ribuar.*, 12, 1; *Lex Frision.*, 14, 4; *Lex Thuring.*, 6, 5.

(17) Di questa opinione sono il Pertile, il Miller, lo Stobbe, il Salvioli ed altri ancora.

dole stessa del diritto successorio germanico, dovette dalle antiche consuetudini passare nelle leggi, e che, quindi, contro l'opinione dell'Amira e del Lewis, dovette aver forza nell'antico diritto germanico, in alcune leggi non venne accolto, o venne accolto con certe limitazioni. Questa trasformazione deve attribuirsi principalmente all'influenza del diritto romano, ed ecco perchè essa si riscontra nella legge visigotica, nella burgundica, nella legislazione langobarda, che come ha dimostrato il Del Giudice (1) subì fin da principio l'influenza di quel diritto, e nella legge ripuaria di molto posteriore alla Salica, e pubblicata in epoca in cui il diritto romano agi sulle istituzioni politiche e civili del regno franco.

Si guardi invece ai diritti nordici, che più fedelmente ritrassero le antiche consuetudini germaniche, appunto perchè non subirono influenze estranee, e si vedrà come quel principio fosse in pieno vigore. Per la legislazione svedese la liquidazione dei debiti si faceva prima di ogni divisione, e se il patrimonio ereditario non bastava, l'erede non era obbligato a pagare del suo. Lo stesso era per la legislazione norvega: l'erede nei sette giorni convocava i creditori del defunto, e li soddisfaceva completamente, se il patrimonio ereditario bastava, per contributo se era insufficiente. Per la legislazione islandese gli eredi facevano convocare i creditori per mezzo dell'autorità locale nella casa del defunto, quattordici giorni dopo l'apertura della successione e, aperta la riunione, si nominava un tribunale arbitrale di dodici membri, scelti metà dagli eredi e metà dai creditori, allo scopo di far decidere immediatamente e durante la riunione stessa tutte le controversie che avessero potuto insorgere. Indi si sceglievano cinque vicini, i quali dovevano procedere alla liquidazione anche durante la riunione. I creditori pignoratizii ed ipotecari erano pagati in preferenza con le cose pignorate od ipotecate, che si valutavano, perchè i creditori, se il valore eccedeva il loro avere, versassero l'eccedenza nella massa: gli altri creditori venivano pagati sul resto, e per contributo, se esso non copriva tutti i debiti lasciati dal defunto (2).

Le legislazioni, che dichiaravano l'erede obbligato, pel pagamento dei debiti del defunto *ultra vires*, provvidero a che egli potesse liberarsi da tale obbligo. Non potevasi per certo ammettere il beneficio d'inventario, perchè per diritto germanico, l'erede trovavasi *ipso iure* immesso nel possesso del patrimonio ereditario, e come non aveva bisogno di accettare l'eredità, così non poteva rifiutarla; si ricorse quindi dalla legge visigotica e dalla burgundica al rimedio della cessione dei beni del defunto, in forza del quale gli eredi, quando il passivo superava l'attivo dell'eredità, si liberavano, cedendo ai creditori i beni tutti ereditarii (3). La legislazione langobarda, che prima non offriva alcun rimedio, dopo ammise quello della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, in forza del quale l'erede era esonerato dal pagare i debiti del defunto, quando dimostrava con sacramento di non possedere alcuna cosa dell'eredità del suo autore (4).

La legge ripuaria non offre alcun rimedio all'erede. Però è bene osservare che questa legge non impone l'obbligo di pagare i debiti *ultra vires* ai figli ed alle figlie del defunto, ma solo agli altri parenti eredi (5). Ciò si spiega, a mio modo di vedere, dal perchè i figli e le figlie non potevano rifiutare l'eredità paterna, ritenendosi ciò un'offesa, mentre lo potevano gli altri parenti. Ma come questa rinuncia si facesse non è detto: forse attuavasi coll'abbandono dell'eredità ai creditori. La legge salica poi tace completamente sul pagamento dei debiti. Ma, è da osservare che in essa un titolo detta le norme da seguirsi da colui che voleva rompere la parentela ed il quale perdeva il diritto all'eredità, ma si sottraeva pure all'obbligo di comporre pel defunto (6). Ora parrebbe che questo titolo offrisse all'erede il mezzo di sottrarsi al pagamento dei debiti del defunto. Del resto nulla può dirsi di sicuro (7).

Se l'erede non era tenuto per i debiti *ultra vires*, era invece tenuto *ultra vires* per il quidrigildo dovuto dal defunto; e per quelle legislazioni, per le quali i parenti erano tenuti a pagare parte della composizione, e lo si è visto innanzi, essi dovevano concorrere con l'erede. Può sorgere il dubbio se la cessione dei beni o la separazione dei patrimonii fosse anche ammessa per il debito derivante dalla composizione, ma pare che la risposta non possa essere che affermativa, che anzi per il diritto visigotico è detto chiaramente (8). È bene qui rilevare, quantunque siasi detto sopra, che l'erede era tenuto solo pel quidrigildo, non per le altre pene pecuniarie; per gli altri delitti del defunto, come pel furto, egli era tenuto restituire le cose rubate o l'equivalente ed i danni (9).

Dunque, fatta eccezione per quelle leggi che estendono l'obbligo dello erede oltre le forze dell'eredità, era, può dirsi, il patrimonio stesso del defunto obbligato per i debiti. Ma qui si presenta un'altra grave quistione, e cioè se per i debiti erano tenuti anche gl'immobili, specialmente gl'immobili di famiglia o aviatici. Non sono mancati di quelli che hanno sostenuto come, particolarmente per la legge salica, gl'immobili non rispondessero dei debiti del defunto (10), mentre altri sono di opinione contraria (11). La soluzione del quesito riesce difficile, perchè non vi sono testi precisi od altri documenti che possano troncare la quistione. A me pare però che anche gl'immobili rispondessero, quando veggo che per diritto turingio l'erede della terra era tenuto a pagare il quidrigildo. È vero che potrebbe dirsi non potere i creditori del quidrigildo agire sulla terra, ma solo sui beni mobili dell'erede di questa; ma, domando io, e se i beni mobili erano insufficienti? D'altra parte nei diritti nordici non si fa alcuna eccezione per gl'immobili, cosa che, per me, ha il suo grande significato, e non fanno eccezione il diritto langobardo, il visigotico ed il burgundico, mentre altre leggi tacciono. Per quanto poi riguarda il diritto franco, leggo in un capitolare dell'817, che se i mobili non erano sufficienti a pagare la composizione, questa si pagasse sugl'immobili (12). È vero che si potrebbe invocare come ar-

(1) *Le traccie del diritto romano nelle leggi longobarde* (Rendiconto dell'Istituto lombardo, serie II, vol. 18-20).

(2) Dareste, *Les anciennes lois suédoises*, loc. cit.; *de la Norvège*, loc. cit.; *de l'Islande*, loc. cit., v, p.; *Lex Baiuv.*, II, 1, 4.

(3) *Lex Wisigoth.*, v, 6, 6; *Lex Burgund.*, 65, 1,

(4) *Liutpr.*, 57.

(5) *Lex Ribuar.*, 67, 1.

(6) *Lex Salic. ant.*, 60; *emend.*, 63.

(7) Cf. Glasson, op. e loc. cit., p. 621-22.

(8) *Lex Wisigoth.*, v, 6, 6: Cf. Salvioli, op. e loc. cit., p. 10 seg.

(9) Cf. Salvioli, loc. cit., p. 29 seg.

(10) Sohm, *Process. der Lex Salica*, 175, e *Reichs. u. Gerichtsverfassung*, I, 117; Glasson, loc. cit., p. 622.

(11) Thonissen, *L'organisation iudiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 1882, p. 477; Cf. anche Salvioli, op. cit., p. 43.

(12) *Capit. Ludov. P.*, 817, 11.

gomento, per sostenere la contraria opinione, il fatto che nelle legislazioni posteriori (1) gl'immobili non erano soggetti a pignoramento per i debiti del defunto (2), e che quest'uso si debba riportare alle antiche consuetudini germaniche (3), e, quanto al capitolare dell'817, che esso riformò l'antico diritto salico. Ma a me pare che la massima, accolta nelle legislazioni posteriori, fu un portato del regime e delle consuetudini feudali, che tanto influirono, specie in Francia ed in Germania, sulla legislazione civile. Nè mi pare il capitolare di Ludovico il Pio apporti una riforma, perchè questo concetto di riformare non trapela affatto dalle parole del capitolare; e d'altra parte sarebbe almeno strano che, dopo la riforma di Ludovico il Pio, si sia poi ben presto ritornato alle antiche consuetudini.

Prima di chiudere questo numero è bene rilevare una particolarità del diritto langobardo, pel quale, quando per mancanza di eredi o per altra causa un'eredità era devoluta al fisco, questo non era in alcun modo tenuto a pagare i debiti del defunto *quia*, dice la legge, *postquam ad manum regis pervenit, terminum posuit et sine debito aut aliquam repetitionem cecidit* (4).

**76.** Quando più erano gli eredi, essi potevano e per lo più solevano, specie se figli, restare in comunione (5), nella quale ipotesi il diritto franco disponeva che uno di loro fosse dispensato dal servizio militare, per potere amministrare l'azienda comune (6). Potevano pure procedere a divisione, la quale poteva essere fatta bonariamente, od, in caso di disaccordo, innanzi al magistrato, cioè giudiziariamente (7). L'intervento del magistrato però era necessario, quando uno dei coeredi fosse minore (8), o quando la quota di uno degli stessi fosse per delitto od altro devoluta al fisco (9).

Le leggi non ci danno norme circa il modo di formare le quote, ma dai documenti si rileva che i coeredi formavano d'accordo le quote, e se le distribuivano, e dell'atto di divisione si facevano poi tante copie quanti erano i coeredi (10).

Se la divisione doveva avvenire tra fratelli consanguinei, allora essi dividevano egualmente la eredità del padre comune, mentre l'eredità della madre si divideva tra coloro solamente ch'erano nati da lei (11). Che se l'ultima moglie del defunto sopravviveva e doveva prendere la sua quota di usufrutto, questa si distaccava non da tutta l'eredità, ma solo da quella parte che toccava ai figli nati da lei (12).

Per qualche altra legge, quando uno lasciava figli di più letti, il suo patrimonio si divideva non egualmente tra tutti i figli, ma per stirpi, cioè i figli del primo letto prendevano una parte, un'altra parte eguale quelli del secondo e così di seguito, mentre l'eredità materna andava ai nati di lei (13).

Per diritto burgundico ciò non avveniva, ma se il padre, dopo aver diviso il patrimonio con i figli, passava a seconde nozze, i figli del secondo letto non avevano diritto che alla quota toccata al padre nella divisione fatta con i figli del primo (14).

Presso quei popoli, che ammettevano il regime di comunione tra gli sposi, se una donna aveva avuto più mariti, e moriva lasciando figli di più letti, solamente quelli dell'ultimo succedevano nella quota di mobili e di acquisti che spettava alla madre sulla comunione dell'ultimo matrimonio; in loro mancanza solo succedevano i figli degli altri letti (15).

La legge burgundica ammette una specie di divisione *inter liberos*, poichè dispone che il padre in sua vita poteva assegnare ai figli la loro quota sul patrimonio ereditario, e già si è visto, come in caso di premorienza di un figlio tal quota ritornasse al padre, per passare poi, alla costui morte, agli altri figli (16). Una simile divisione tra figli si trova anche nel diritto bavaro (17).

**77.** Nel formare le quote i coeredi dovevano mettere in collazione quanto avevano ricevuto dall'autore comune in vita ed a titolo di donazione. Così se uno dei figli, passando a nozze, aveva ricevuto dal padre quanto occorreva per costituire la donazione *propter nuptias* (per i Langobardi *meta*, *methium*) alla sposa, egli doveva metterla in collazione ed imputarla alla sua quota (18), come doveva mettere in collazione quanto avesse anticipatamente ricevuto come appannaggio o, come qualche legge dice, a titolo di dote; che se aveva venduto parte di questi beni, il prezzo era imputato alla sua quota (19). Così ancora le figlie, o le sorelle chiamate alla successione, dovevano mettere in collazione quanto avevano ricevuto, in occasione del loro matrimonio, dal genitore o dal fratello (20).

Non si dovevano invece mettere in collazione le cose ricevute in donazione da altri. Così i maschi non mettevano in collazione quanto avevano ricevuto in ossequio dal re o da altri, e le donne la *meta* ed il *morgengab* ricevuti dal defunto marito (21).

### § 4. — *Della successione contrattuale.*

**78.** Trattando del diritto successorio nelle legislazioni germaniche, è uopo parlare prima della successione contrattuale anzichè della testamentaria, perchè il testamento fu molto tardi ammesso in quelle legislazioni, ed ebbe caratteri, che lo differenziano dal testamento romano, ed i quali si formarono sotto l'influenza del carattere che avevano acquistato le donazioni, diciamole pure *mortis causa* dei popoli di stirpe germanica. Non si potrebbe quindi discorrere del testamento, senza prima aver parlato della successione contrattuale (22).

(1) *Sachsensp.*, I, 6, 2; *Richts. Landrecht.*, c. 10, 15; *Coutume du Nivernais*, 34, 4; *de Touraine*, 310; *de Senlis*, 141; *d'Anjou*, 327; *du Bourbonnais*, 316, ecc.

(2) Glasson, loc. cit., si serve di questo argomento.

(3) Così crede come sopra si è visto Roscher, *Nat. Oekon.*, II, § 88.

(4) *Roth.*, 223.

(5) *Roth.*, 167; *Ludov. P.*, 11, 16; *Capit. Aquisgr.*, 817, 6; *Capitul. l. sal. add.* 819, 3; *Capit. Olonn.* 825, cap. gen. 6.

(6) *Loth.*, 26.

(7) *Ludov. P.*, 11; Cf. Marculfi, *Form.*, I, 20; *Cap. Aquisgr.*, 813, 7. Cf. *Lex Wisigoth.*, X, I, 1, 2.

(8) *Liutpr.*, 74.

(9) *Ludov. P.*, 16.

(10) Marculfi, *Form.*, I, 14; app. 19; Rozière, *Form.*, 122; Sirmond., *Form.*, 25; Mabillon, *Form.*, 54.

(11) *Lex Baiuwar.*, 15, 8.

(12) *Lex Burgund.*, 74, 3.

(13) *Westgötolag*, c. a., VII, 5.

(14) *Lex Burgund*, I, 2.

(15) *Westgötolag*, c. a., VII, 6.

(16) *Lex Burgund.*, 24, 5; 51, 1; 78, 1; 84, 1.

(17) *Lex Baiuwar.*, I, 1.

(18) *Roth.*, 167.

(19) *Westgötolag*, c. a., VII, 21; *Lex Wisigoth.*, IV, 5, 3.

(20) *Roth.*, 199; *Westgötolag*, loc. cit.; Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., p. 297.

(21) *Roth.*, 167, 199.

(22) Per la successione contrattuale riscontra, oltre gli scrittori di storia del diritto generale, Beseler, *Die Lehre v. Erbvertragen*, 1835; Hartmann, *Zur Lehre v. Erbverbrägen*, 1860; Anouilh, *Institutions contractuelles dans l'ancien droit fran-*

**79.** Tacito, discorrendo del diritto successorio dei Germani dice *nullum testamentum* (2) e già innanzi si è visto quale interpretazione bisogna dare a queste parole, e come non possa accettarsi l'opinione di coloro che vorrebbero ammettere sotto altre forme ed in altri limiti il testamento anche presso gli antichi Germani.

Dato al diritto successorio germanico, prima delle invasioni, il fondamento che gli abbiam dato, non si può accogliere questa opinione. Tutti i membri di una famiglia avevano un diritto sui beni familiari: alla morte del padre famiglia questo diritto veniva in atto; ed il padre famiglia non poteva violarlo, assegnando ad un estraneo i beni sui quali non aveva un diritto esclusivo ed individuale, ma solo potrebbe dirsi, un diritto di amministrazione, che gli veniva dalle sue qualità di capo della società familiare. Moriva egli, l'amministrazione di quei beni passava all'erede, il quale a sua volta ne diveniva, diciamo così, depositario, perchè gli eredi di lui avevano un diritto di aspettativa su quei beni. Non v'erano parenti, subentravano quelli della comunità, cui il defunto apparteneva, i *vicini*. La comunità era anche una consociazione economica; mancando eredi della famiglia, il diritto di aspettativa passava ai vicini: il morituro non poteva violare questo diritto.

Con ciò io non vo' dire che ai Germani fosse sconosciuto l'istituto della donazione. Dato il regime della proprietà fondiaria vigente appo loro, oggetto di donazione non potevano essere che le cose mobili, e le cose mobili si potevano donare. Tacito ne dice che i Germani solevano donare agli stranieri che capitavano presso loro; che il capo di una comitiva soleva donare ai suoi comiti cavalli bardati, aste intinte nel sangue dei nemici (1); dunque la donazione non era sconosciuta. Però bisogna distinguere la donazione di cose singole, la donazione manuale, dalla donazione di tutto o parte del patrimonio. La prima non violava il diritto degli eredi e dei vicini; la seconda era una violazione dell'ordinamento della famiglia e della comunità. Ma potrebbe dirsi che questa seconda forma fosse assolutamente esclusa dal diritto originario germanico? Non è possibile dare una risposta affermativa: il vedere questa forma di donazione ammessa dalle più antiche leggi germaniche, come dalla legge salica; il vederla ammessa dalle legislazioni posteriori, le quali pure tradussero le antiche consuetudini; il ritrovarla nelle più antiche leggi dei popoli nordici, tutto ciò ne induce a credere che essa dovette manifestarsi anche prima delle invasioni.

Ma d'altra parte essa dovette, da principio, essere ammessa in limiti ristrettissimi. Io credo che non si potesse nominare un erede, se non nella mancanza di tutti i parenti successibili. Solo allora l'assegnare le proprie sostanze ad un estraneo non costituiva una contraddizione al fondamento del diritto successorio germanico, poichè consistendo l'eredità in cose mobili (*opes*) ed ai tempi di Tacito nella casa e nella corte, la comunità non risentiva grave danno a vedersi priva di tali cose.

Però il diritto della comunità dei vicini esisteva, e il membro della comunità non poteva da per sè toglierlo. Di qui la necessità dell'intervento dell'assemblea e del consenso di essa. Con questo intervento e con questo consenso i vicini rinunziavano al diritto che loro veniva dalla consuetudine, e permettevano che il loro convicino si nominasse un erede. Si aveva così l'antica adozione germanica, che compivasi con l'armazione nella pubblica assemblea (2), senza che però producesse gli effetti dell'adozione romana.

Dunque non avevano i Germani testamento, non altra forma unilaterale e revocabile, che al testamento si avvicinasse. Avevano solo la donazione tra vivi ed irrevocabile del patrimonio ereditario, compita con forme solenni, ed ammessa in dati limiti, cioè in mancanza di parenti successibili. Potrebbe revocarsi in dubbio questo limite così vasto, e dirsi che, col consenso dei parenti, in mancanza di figli, una simile donazione potesse aver luogo, ma, a prescindere che il dubbio è più facile porlo che risolverlo, il corso stesso naturale delle cose porta presso i popoli fanciulli che da una parte si sia restii a donare e che dall'altra la parentela miri a conservare i beni nella famiglia e lotti per tale scopo.

**80.** Il principio rigoroso dell'originario diritto germanico, che non dava facoltà ad uno di donare le proprie sostanze in parte od in tutto ad un estraneo, nella coesistenza di parenti successibili, fu sancito da alcune legislazioni germaniche. La legge sassone invero disponeva che a nessuno fosse lecito alienare la sua eredità e diseredare il suo erede, facendo eccezione solo pel caso che vi fosse costretto dalla fame, o che volesse disporre a favore della Chiesa o del re. Però lo stesso diritto sassone distingue la donazione di tutta o parte del patrimonio della donazione od alienazione di cose singole e mobili, come dei mancipii (3). Una conseguenza del principio si era che, uno costretto dalla fame volendo vendere il suo patrimonio, dovesse prima offrirlo al più prossimo parente (4).

La legge bavara pare accolga il medesimo principio poichè leggo che il marito poteva donare o lasciare tutte le sue sostanze alla moglie, se non aveva figli, nipoti e pronipoti, *nec ullum de propinquis* (5).

Lo stesso principio rigoroso è sancito nella prima redazione della legge vestrogotica, la quale disponeva recisamente che nessuno potesse per dopo la sua morte disporre di alcuna parte del suo patrimonio, senza il consenso degli eredi, quantunque, soggiunge la legge, i sacerdoti dicessero non potere per legge divina gli eredi rifiutare questo consenso (6), quando trattavasi di donazioni o lasciti a favore della chiesa. Sicchè era proibita ogni donazione *mortis causa*, a danno degli eredi. Questo principio si estendeva anche alle alienazioni, donde l'obbligo in colui che voleva vendere un fondo di offrirlo al proprio erede, ed il diritto in costui di riscattare il fondo venduto dal suo autore senza averglielo prima offerto (7).

Per diritto norvega, ancora la donazione a causa di morte poteva farsi, solo quando mancavano gli eredi successibili (8).

*çais et dans le Code Napoléon*, nella *Revue Historique*, 1860; Schupfer, *La donazione nella storia del diritto italiano*, negli « Annali della giurisprudenza italiana », v, 1871; Erschbach, *Institutions contractuelles*, nella *Revue de législation*, xi.

(1) Tacito, *Germ.*, 20.

(2) Sohm, *Das altdeutsche Gerichtswesen in frank. Reiche*, p. 554-557.

(3) *Lex Saxon.*, 61.

(4) *Lex Saxon.*, 62.

(5) *Lex Baiuw.*, 14, 10.

(6) *Westgötolag*, c. a., vii, 16; c. r. Add., xi, 5 seg.

(7) *Westgötolag*, c. a., x, 3; *Uplandslag*, Iord. bolk., 3; *Helsingelag*, Iord. bolk., 19.

(8) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., p. 249.

Questo principio in altre leggi subì delle limitazioni, poichè fu permesso di donare ad estranei la propria eredità, quando fossero mancati eredi in un dato grado. Il diritto langobardo proibiva tali alienazioni nella esistenza di figli e del padre (1); ma nell'editto di Rotari stesso trovasi traccia dell'antico principio, là dove si dice che una delle cause d'inimicizia tra parenti era la donazione fatta da uno di essi ad un estraneo a danno dell'altro (2). La ripuaria dava facoltà di donare i propri beni, nella mancanza di figli (3). La legge burgundica sancisce la medesima limitazione, ma essa è notevole perchè concedeva al padre, anche nella esistenza di figli, di disporre della quota che gli spettava, dividendo tutto il patrimonio con questi (4). Però questa limitazione fu in prosieguo ristretta ai soli beni aviti, potendo il padre liberamente disporre dei beni acquisiti, anche prima di aver assegnata ai figli la loro quota (5).

La legge salica non ha alcuna disposizione al riguardo, donde disparate opinioni, alcuni affermando che non si potesse disporre *mortis causa* dei proprii beni, se non in mancanza di parenti successibili, altri che, non essendo alcuna limitazione nella legge, debba ritenersi fosse la donazione *mortis causa* a favore di un estraneo permessa anche nella esistenza di figli; altri che la regola della legge ripuaria sia da ritenersi sottintesa anche nella legge salica; altri infine che tale donazione fosse ammessa solo per i beni mobili, ed anche nell'esistenza di figli, non per gl'immobili (6).

Quest'ultima opinione, sostenuta dal Sohm (7), non è accettabile, perchè il tit. 46 della legge salica mostra chiaramente che si tratta della nomina di un erede, di un'*adoptio in haeredem*, e questa adozione riguardava indistintamente tutto ciò che formava il patrimonio del donante, salvo a questo donarne il tutto o solo una quota. D'altra parte le solennità che la legge richiedeva non potevano per certo riferirsi a donazione di cose mobili: per queste non sarebbero stati necessarii nè l'intervento dell'assemblea, nè tutte le altre formalità. La simbolica tradizione per mezzo della festuca inoltre non è certo quella che può confortare la opinione del Sohm, quantunque questi tenti togliere la difficoltà con varii argomenti.

Nè è accettabile l'opinione di coloro che vorrebbero sostenere non essere per legge salica posto alcun limite al diritto di disporre del proprio patrimonio con donazione a favore di estranei, nell'esistenza di eredi, poichè non è concepibile che la più antica delle leggi germaniche, quella che più fedelmente si attiene alle antiche consuetudini abbia misconosciuto un principio che si originava dal fondamento del diritto successorio germanico. Ed inoltre la legge salica in altre sue disposizioni mostra chiaramente come la comproprietà di famiglia esistesse ancora; e per certo quei parenti, che erano tenuti a concorrere al pagamento del guidrigildo, avevano un diritto di aspettativa reciproco sui beni familiari.

Io quindi inclinerei a credere che la legge salica conservasse intatto l'antico principio non espresso, appunto perchè effetto del sistema successorio sancito dalla legge stessa, e che perciò l'*adoptio in haeredem* fosse lecita, solo quando mancavano parenti successibili (8). È vero che la legge ripuaria pone un limite solo in favore dei figli, ma questo argomento conforta l'opinione che io accetto; la legge ripuaria apportò una modifica dettata da nuove influenze, e sentì quindi il bisogno di sancirla espressamente.

Ma v'è tra le leggi germaniche una, quella degli Anglii e dei Verini, o dei Turingi, la quale pare sanzioni la più completa libertà di disporre, senza riguardo agli eredi, anche figli, poichè essa dispone: *Libero homini liceat haereditatem suam cui voluerit tradere* (9). Ora come interpretare questo passo, di una legge, che pel sistema successorio è una delle più fedeli all'originario diritto dei Germani? Gli scrittori hanno poste fuori varie interpretazioni ch'io esporrò brevemente, per vedere quale sia la più accettabile. Alcuni credono che in tale disposizione debba supporsi sottintesa la condizione che non vi fossero nè figli nè discendenti (10). Altri dicono che bisogna mettere di accordo il cap. 54 col cap. 34, e dire che l'uomo libero potesse disporre di tutti i proprii beni, mancando eredi fino alla quinta generazione (11). Altri credono che tale disposizione sia una riforma (12). Altri ancora che qui non si parli di donazioni *causa mortis* o di testamento, ma la voce eredità si debba intendere nel senso di patrimonio, e il testo significhi che ogni uomo libero potesse, senza limitazione alienare i suoi beni non richiedendosi, come per i contratti dei dipendenti, il consenso del signore, e che quindi il cap. 54 non debba essere messo in rapporto con i vincoli di famiglia (13). Altri credono che il *tradere* non si riferisca alla tradizione della proprietà, ma alla concessione di beni a titolo di beneficio (14); e si appoggiano ad alcuni capitolari che usano la parola *tradere* in questo senso (15), ed al fatto, generale in Germania, che non si potessero alienare i beni familiari senza il consenso degli eredi, cosa che avveniva anche in Turingia (16).

Di queste opinioni quelle che più si accostano al vero sono la seconda e l'ultima. Ma io inclino più per la seconda, poichè ne dà che, mancando eredi fino alla quinta generazione, il morituro fosse libero di disporre dei suoi beni anche a titolo di donazione a causa di morte o per testamento. Insomma il diritto turingio avrebbe avuto la medesima disposizione del diritto sassone, il quale ancora proibiva alienare i propri beni nella coesistenza di eredi. Come non sarebbe stata necessaria la disposizione del cap. 54, pel caso che esso avesse voluto porre una distinzione tra liberi e dipendenti, così, a mio modo di vedere sarebbe stata non necessaria nel caso che essa si volesse riferire a concessioni beneficiarie, poichè la concessione di beneficii non era vera alienazione, ed essa era libera, come dalle numerose formole a noi pervenute, a differenza delle alienazioni vere, specie delle donazioni.

81. Quanto alle forme di tali donazioni *mortis causa*

(1) *Roth.*, 168, 170.
(2) *Roth.*, 360.
(3) *Lex Ribuar.*, 48.
(4) *Lex Burgund.*, 24, 1; 51; 84, 1.
(5) *Lex Burgund.*, I, 1, 51, 1.
(6) Cf. Waitz, *Das alte Recht d. Salisch. Franck.*, p. 140. Glasson, op. e loc. cit., p. 633 seg.; Gaudenzi, *Salica legge*, n. 49, nel *Digesto italiano.*
(7) Sohm, nella *Savigny Stiftung, f. R. G.*, I, 40 seg.
(8) Cf. Salvioli, op. cit., p. 457.
(9) *Lex Thuring.*, 54.
(10) Griesinger-Danz, *Handbuch d. heut. deut. Privatrechts*, 1823, x, 180.
(11) Luden, *Geschichte d. deutsch. Volkes*, 1827, III, 384.
(12) Walter, op. cit., § 473.
(13) Hasse, nel *Rhein Museum f. Iurisprudenz*, II, p. 175 e Gerber, *Meditationes ad locum speculi Saxonici*, 1847, p. 8.
(14) Richthofen, *Lex Thuring.*, in Pertz. L., V, p. 139-40, n. 21.
(15) *Capit. de expedit. exerc.*, 811, c. 3.
(16) Bréquigny, *Dipl. Ed.* Pardessus, II, p. 263, 308.

solo poche leggi ne danno dei ragguagli, i quali per la loro incompletezza han dato luogo a dubbii ed a controversie.

*a*) Nella legislazione langobarda (1) bisogna, a mio modo di vedere, distinguere la donazione semplice dalla donazione che aveva per scopo di nominare un erede (*mortis causa*). Alla prima si riferisce la legge 175 di Rotari, la quale, si noti bene, non ha le voci *thinx, thingare*, che si leggono nelle leggi 171, 172, 173, 174, ma solo la voce *donare*, che per contrario non si legge in queste ultime, le quali si riferiscono alla donazione *mortis causa* (2). A dare validità alla donazione semplice era necessario il *launegild*, appunto perchè, almeno ai tempi in cui venne pubblicato l'editto, essa non si compiva con quella solennità, che era richiesta nella donazione *mortis causa;* mentre il *launegild* non si richiedeva in questa, la quale veniva validata dalla solennità della *thingatio*. Tutto ciò rilevasi da una legge di Liutprando, la quale dice: « *De donatione quae sine launegild aut sine thingatione facta est, nemine stare deveat* ». Insomma la donazione semplice rientrava nel ristretto campo del diritto privato: era un negozio giuridico come la compra-vendita, il mutuo e via; e poichè, per l'organamento stesso della famiglia, convenne fin da principio dare alla donazione il carattere di contratto oneroso, si ricorse al *launegild*, che già doveva aver vita in altri contratti, rappresentando esso il prezzo, il corrispettivo, quando questo non veniva pagato immediatamente alla stipula del contratto. Sicchè si ebbe che la donazione restò in essenza gratuita, perchè il *launegild* era il prezzo simbolico, e nel contempo prese l'aspetto di contratto oneroso, che diveniva fermo, come gli altri contratti onerosi, alla prestazione del *launegild* (3). La donazione *mortis causa* invece interessava la famiglia, e rientrava quindi anche nel diritto privato sociale, ed interessava, nei primi tempi più fortemente e più direttamente, la comunità, ed aveva quindi anche un carattere politico o pubblico che dir si voglia.

Io non debbo qui discorrere della donazione semplice, e passo ad occuparmi della donazione *mortis causa*. Le donazioni *mortis causa* per diritto langobardo sono di due specie: l'una cioè con effetto immediato, nel senso che il donatario all'atto della donazione addiveniva proprietario del patrimonio donatogli, coll'obbligo però di soccorrere il donante che ne avesse avuto bisogno; l'altra con effetto ritardato alla morte del donante, la quale dava un diritto di aspettativa al donatario, che alla morte del donante entrava in possesso delle cose donategli, mentre questi nè poteva ridonarle, nè alienarle, ma solo onestamente usufruirle. Che se, per una causa qualsiasi il donante si trovava nella necessità di alienare o pignorare qualche parte del patrimonio donato, doveva prima rivolgersi al donatario, e, solo se questi si rifiutava soccorrerlo, aveva diritto compiere l'alienazione. Della prima si occupa la legge 171 di Rotari, della seconda la legge 173.

Non tutti però accettano questa distinzione, poichè alcuni sostengono che ogni donazione *mortis causa* per diritto langobardo avesse effetto alla morte del donante; che quindi ogni simile donazione fosse accompagnata dalla condizione detta *lidinlaib, id est*, dice la legge 173, *quod in die obitus sui reliquerit*. I sostenitori di questa opinione si appoggiano, come a principale argomento, alla legge 174 di Rotari, la quale, dopo aver detto che le stesse cose tingate ad uno non potevano poi essere tingate ad altri, salvo se il donatario non si fosse reso colpevole verso il donante di quelle colpe per cui i figli potevano essere diseredati, soggiunge: « Ipse autem qui garethinx susceperit ab alio, quidquid reliquerit donator in die obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recollegere ». Essi riferendo queste parole alla prima parte della legge, che parla in generale di *thinx*, affermano che da esse risulta chiaro come ogni *thinx* fosse accompagnata dal *lidinlaib* (4).

Ma la legge 174 conforta invece l'opinione contraria. « La prima parte della legge parla del *thinx* in generale e dice che la donazione, fatta una volta, non poteva essere trasferita in altri la seconda, poi si occupa particolarmente di quella con *lidinlaib*. Che se ne manca il nome c'è però la cosa. D'altra parte la legge stessa dice: *ipse autem qui garethinx susceperit ab alio, quidquid reliquerit donator in diem obitus sui habeat* ecc., e Rotari aveva già detto, dichiarando il significato del *lidinlaib*: *i. e. quod in die obitus sui reliquerit;* sicchè non occorreva proprio che lo ripetesse a poche righe di distanza. E si avverta: mentre Rotari nella prima parte aveva accennato in generale a colui *qui garethinx susceperit*, aggiunge qui pensatamente, e non ce ne sarebbe stato d'uopo, se il discorso si fosse riferito, come prima, a tutte le donazioni per garantige, *ipse autem qui garenthinx susceperit ab alio quidquid reliquerit donator in die obitus sui*. Lo stesso *autem* indica che c'era un distacco tra le due parti. Anzi io dirò di più: io credo che le donazioni, che importavano il passaggio immediato della proprietà nel donatario, sebbene molte volte in modo limitato, fossero le più antiche » (5).

Dunque due specie di donazioni *mortis causa* aveva il diritto langobardo, e però tanto meno può accettarsi l'opinione di coloro, i quali sostengono che il *thinx* aveva per effetto di trasferire immediatamente la proprietà delle cose donate (6).

La forma delle donazioni *mortis causa* era quella per *gairthinx* o *garethinx*, donde il loro nome di *thinx* o *garethinx* nelle leggi. Quale fosse il significato di questa parola io ho già detto in altro lavoro (7). Era il *garethinx* l'approvazione del popolo raccolto in assemblea, sicchè originariamente tali donazioni dovevano compiersi innanzi all'assemblea, e con l'approvazione di questa, solennità necessaria, perchè la nomina di un erede estraneo originariamente interessava la comunità.

Poscia, dopo il conquisto d'Italia specialmente, e

(1) Per quanto riguarda le donazioni *mortis causa* nel diritto langobardo veggonsi Schupfer, *La donazione nella storia del diritto italiano*, negli *Annali della giurisprudenza italiana*, v, 1871, e *Launegildo e Garethinx*. A proposito dell'opera del Pappenheim, *Launegild u. Garethinx* nell'*Archivio giuridico*, xxxi, 1883, p. 507 e seg.; Val de Lievre, *Wadia u. Launegild*, 1887 e nella *Z. f. Rechtsgesch.*, xvii, 1883. Pappenheim, *Launegild u. Garethinx. Ein Beitrag z. Gesch. d. germ. Rechts*, 1882; Tamassia, *Le alienazioni degli immobili e gli eredi*, 1885; Beseler, *Die Lehre v. d. Erbvertragen*, 1835, oltre gli scrittori di storia del Diritto: Pertile, Walter, Eichhorn, ecc.

(2) Alcuni distinguono la donazione mercè *thinx* o *launegild* da quelle con *lidinlaib*, come Walter, § 580, Pertile, §§ 121, 128, seguito da me nella mia *Storia del diritto*, i, p. 88. Da quanto andrò dicendo in prosieguo si vedrà l'inaccettabilità di tale opinione.

(3) Schupfer, nell'*Archivio giuridico*, cit., p. 512 seg.

(4) Pappenheim, op. cit., p. 45 seg.; Val de Lievre nella *Z. f. R. G.*, cit., p. 26.

(5) Schupfer, nell'*Archivio giuridico*, cit., p. 510-11.

(6) Beseler, op. cit., i, § 8; Eichhorn, op. cit., § 59.

(7) Ciccaglione, *Scabinato*, loc. cit., 14.

dopo che l'antico rigorismo scomparve, anche per la difficoltà di riunire l'assemblea, a questa furono sostituiti liberi testimoni, che rappresentavano l'assemblea stessa *non absconse*, dice l'editto, *sed ante liberos homines ipsum garethinx faciat*. Era adunque innanzi a questi testimoni che il donante solennemente trasferiva il patrimonio in tutto od in parte nelle donazioni *mortis causa* della prima specie, e in quella della seconda specie concedeva all'erede nominato il diritto di aspettativa. Come ciò avvenisse non risulta chiaramente dall'editto rotariano, ma pare che si compiesse con parole solenni, se ciò ne è dato rilevare dalla legge 173, là dove dice: *dixit in ipsum thinx lidinlaib*.

Alcuni però han sostenuto che presso i Langobardi si seguissero formalità simili a quelle determinate dalla legge salica nelle donazioni *mortis causa*, e cioè il donante, secondo essi, con parole solenni cedeva la sua sostanza ad un intermediario (*gisel*), il quale la trasmetteva all'erede nominato (1).

Ora per me una tale opinione è inaccettabile, per più ragioni. Innanzi tutto non è vero che *gisel* significhi intermediario: *gisel*, e lo confermano cinque glosse, significa testimone, teste. È vero che v'è una glossa la quale spiega *gisel* per *qui donum recipit*, ma questa interpretazione inaccettabile si riferirebbe al più al donatario, non all'intermediario. È notevole poi che la stessa voce si trova in altra legge, nella quale è descritto il modo di manomettere un servo. Colui il quale voleva manomettere un servo e renderlo amundio lo doveva per *gairthinx* passare ad altro libero, e questi nello stesso modo ad un terzo, e questi ad un quarto, il quale doveva recarlo in un quadrivio *at thingit in gaida et gisil*, ecc. (2). Ora, essendo questa l'ultima solennità per la manomissione ad amundio, non parlandosi di *gairthinx*, la voce *gisel* non può avere altro significato che quello di testimoni, innanzi ai quali, come le altre, doveva essere compiuta l'ultima, e perciò la più importante solennità della manomissione piena, poichè credo l'altra voce *gaida* significhi *sagitta*, e che quindi innanzi a testimoni si compiesse la manomissione colla saetta (3). Si potrebbe dire che nella legge 172 *gisil* non possa significare teste, perchè già prima si parla di liberi testimoni. Ma la legge così suona: *Si quis res sua alii thingare voluerit, non absconse, sed* « *ante liberos homines* » *ipsum garethinx faciat*, « *quatinus qui thingat et qui gisel fuerit* » *liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intentio ;* ed a me sembra chiaro che quel *quatinus* spieghi tutto: la legge dice prima che non in segreto, ma innanzi ad uomini liberi, si faccia la *thingatio*, indi soggiunge: ed intanto è necessario che chi dona e quelli che fanno da testimoni sieno liberi, perchè si evitino vertenze in prosieguo. La formola a questa legge conferma tale interpretazione là dove dice: *Contra legem est ipsa carta, quod non fuerint testes liberi*.

Ma v'è di più: la legge 172 si riferisce tanto alle donazioni con effetto immediato, quanto a quelle con effetto a dopo la morte del donante, perchè essa non fa alcuna distinzione. Ora io potrei comprendere l'intervento di un intermediario nella seconda, ma non so concepirlo nelle donazioni della prima specie, dove la proprietà ed il possesso passavano immediatamente al donatario, e necessariamente era questi che riceveva la solenne investitura.

(1) Salvioli, op. cit., p. 457.
(2) *Roth.*, 224.
(3) Cf. Schupfer, loc. cit., p. 508.
(4) Beseler, op. cit., I, § 7.

**82.** *b*) La legge salica si occupa della donazione *mortis causa* nel tit. 46, il quale riesce così oscuro, che varie interpretazioni si sono date di esso. È necessario quindi riportarne la parte, che ha dato luogo a controversie maggiori. Dopo d'essersi detto che il tungino deve riunire il mallo, si soggiunge: « Postea requirent hominem qui ei non perteneat et sic fistucam in laisum iactet. Et ipse in cui laisum de fortuna sua quantum voluerat aut totam, fortunam suam cui voluerit dare; ipse in cuius laisum fistucam iactavit in casa ipsius manere debet. Et hospites tres vel amplius collegere debet et de facultate quantum ei creditum est in potestatem suam habere debet. Et postea ipsi cui isto creditum est ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea aut ante rege aut in mallo illius cui fortuna sua depotavit reddere, accipit fistucam in mallo ipse ante duodecim menses quos haeredes appellavit in laisum iactet nec minor nec maior et nisi quantum ei creditum est ».

Il Beseler dà del passo la seguente interpretazione: Raccolto regolarmente il mallo, il donante deve scegliere un uomo che gli sia estraneo, e, gettandogli in grembo la festuca, fargli tradizione di tutto o di quella parte del suo patrimonio che egli vuol donare, indicandogli colui cui vuol fare la donazione. Colui che ha ricevuto la festuca deve recarsi nella casa del donante, invitare tre o più ospiti e fare così atto di possesso di quanto è stato fatta tradizione. Dopo dodici mesi deve innanzi al re od al mallo dell'erede nominato fare tradizione a costui della sostanza a lui affidata (4). Questa interpretazione è stata accolta da molti scrittori posteriori (5).

Il Glasson dà questa spiegazione del passo riportato: « Il *tunginus* od il centenario indice l'assemblea giudiziaria, intervenendovi con lo scudo. Il donante gitta un ramo nel seno di colui ch'egli vuole beneficare, e dichiara quanto egli vuol donare della sua fortuna. Il donatario va nella casa del donante, vi riceve tre ospiti, ed in presenza di testimoni prende possesso di quanto gli è stato donato. Poi in presenza del re o in un mallo legittimo, egli restituisce, col gittare anche il ramo, la cosa al donatore, e prima che spirino dodici mesi, colui che è stato designato come erede deve ancora in assemblea giudiziaria ricevere il ramo nel suo seno, senza che la seconda donazione comprenda di più o di meno della prima » (6).

Quanto all'interpretazione del Beseler, il Gaudenzi non la crede molto sicura, e, stando al testo della legge salica emendata, egli inclina quasi alla interpretazione che ne dà il Glasson, poichè dal primo periodo e dal quarto (non riportato sopra) gli sembra doversi desumere che colui che ebbe la prima volta la festuca fosse l'erede. In ogni modo egli crede che l'interpretazione del Beseler vuol essere corretta, solo dove dice che il fiduciario dovesse tra dodici mesi consegnare la sostanza all'erede nominato. Egli interpreta il passo del capitolo *Postea — creditum est* nel modo seguente: « Dopo o avanti al re o nel placito legittimo di quello o di quelli a cui il disponente ha dichiarato la sua fortuna, l'erede fiduciario deve renderla (al disponente s'intende), e quindi: nel placito medesimo prendere una festuca e prima di dodici mesi gettargli in uno colla festuca nè più nè meno di quello che gli fu affidato » (7).

Quanto all'interpretazione del Glasson non credo si

(5) Walter, op. cit., § 588; Waitz, *Das alte Recht. d. Salisch. Franken*, p. 147; Heusler, op. cit., II, § 621; Amira, op. cit., p. 58.
(6) Glasson, op. e loc. cit., p. 626; Cf. Grimm, *R. A.*, p. 121-22.
(7) Gaudenzi, *Salica legge*, loc. cit., n. 49.

possa accettare, poichè dalla prima redazione della legge salica pare risulti indubbiamente che il donante faceva la prima tradizione simbolica ad un terzo, al quale diceva quanta parte del suo patrimonio ed a chi voleva donare. Questo si rileva dalle parole *requiret hominem qui ei non perteneat*, le quali a me pare non si possano riferire all'erede prescelto; dalle altre: *fortunam suam* CUI *voluerit dare* (nella emendata invece di *cui* si legge *ei*), e più ancora dalla espressione *quantum ei creditum est*, che esprimono chiaramente come si tratti di un intermediario, di un, diciamo così, erede fiduciario.

A confortare il nostro asserto concorrono gli altri periodi del tit. XLVI, nei quali l'intermediario è detto la prima volta *ille quem elegit*, riferendosi alla requisizione di un estraneo, al *requiret hominem qui ei non perteneat;* la seconda volta *ille in cui laisu fistuca iactata est*, riferendosi all'andata dell'intermediario alla casa del donante; la terza volta *ille quem accepit in laisum fortuna ipsa*, riferendosi al gittare che faceva l'intermediario la festuca nel grembo del prescelto erede. L'erede nominato invece è detto sempre *haeres:* una prima volta *et illo quem heredem appellat nominent*, una seconda volta *quos heredes appellavit*.

A mio modo di vedere, la donazione *mortis causa* con effetto a dopo la morte del donante, secondo l'antica legge salica, si eseguiva in questo modo. Era necessario l'intervento dell'assemblea giudiziaria per le istesse ragioni per cui lo era nell'antico diritto langobardo. Innanzi ad esso il donante sceglieva una persona di sua fiducia, alla quale trasferiva simbolicamente parte o tutto il patrimonio, indicandogli l'erede da lui prescelto. Compiuta questa formalità, il fiduciario si recava in casa del donante, ed innanzi a testimoni prendeva possesso delle cose affidategli (quantum ei creditum est). Dopo egli innanzi al re o in un legittimo mallo restituiva la ricevuta sostanza al donante, ma riceveva da questi una festuca, che prima di dodici mesi lanciava nel grembo dell'erede nominato.

L'interpretazione del Beseler non mi pare giustifichi la necessità dell'intermediario. Se questi riceveva solennemente la tradizione simbolica con la festuca dal donante, e poi prendeva possesso delle cose donate recandosi a casa del donante e compiendovi le formalità richieste, egli addiveniva pieno proprietario delle cose stesse ed il donante non ne avrebbe potuto godere durante il resto di sua vita. Tanto valeva fare la donazione direttamente al prescelto erede. L'interpretazione del Glasson ci offre il caso di una prima donazione seguita da restituzione e poi di una seconda donazione. Si tratterebbe quindi di una vera donazione tra vivi, e tutte quelle formalità non potrebbero spiegarsi diversamente che col supporle necessarie per provare la ferma volontà del donante, il quale, dopo la restituzione e dopo dodici mesi da questa, confermava la donazione.

Secondo l'interpretazione da me accolta si ha che l'intermediario, ricevendo la tradizione e prendendo possesso addiventa proprietario delle cose alienate. Egli però le restituisce al donante, ma senza la formalità della tradizione e della solenne presa di possesso, sicchè gli resta il diritto scompagnato dal possesso, o meglio un diritto di credito che egli poi trasferisce all'erede nominato. Dunque o si accetta che l'*affatomia* della legge salica sia una donazione tra vivi con effetto immediato, dopo compiute le formalità prescritte, ed allora si può accettare l'interpretazione del Glasson; o si vuol ritenere, come pare sia, che l'*affatomia* aveva il suo effetto alla morte del donante, ed allora la interpretazione da me accettata si avvicina più al vero.

**83.** La donazione *mortis causa* di cui parliamo aveva lo scopo di nominare un erede e rimpiazzava l'adozione romana, ma solo fino ad un certo punto, poichè essa non produceva gli effetti della romana nei rapporti di famiglia.

L'effetto più appariscente delle donazioni *mortis causa* del diritto germanico era quello di mettere il donatario nel posto, che avrebbero occupato gli eredi legittimi, in tutta od in parte dell'eredità. Ciò risulta dalla legge salica, dove il donatario è indicato proprio col nome di erede; dalla legge ripuaria, dove il donare *mortis causa* è detto *adoptare in hereditatem vel adfatimi* (1), e dalla legislazione langobarda, la quale dice espressamente che il donatario restava obbligato per i debiti del donante dopo la costui morte (2). Nè si dica che questa disposizione dell'editto rotariano si riferisca solo al donatario in una donazione con *lidinlaib*, poichè da altri testi risulta che qualunque specie di *thingatio* o *thinx* dava la qualità di erede. La legge 157 di Rotari invero suona: « De eo qui de filio naturale generatus fuerit, quod est treus, *heres non fiat, nisi ei thingatum fuerit per legem* », e lo Schupfer (3) a proposito di questa legge, e della 156, e prima di lui anche lo Schulte (4) osservano che l'*aliquid de res* di cui queste leggi parlano significa una parte della sostanza paterna, e non cose singole; e che quindi in forza di tale *thingatio* il figlio naturale nato da una schiava e comprato e manomesso dal padre, od il figlio di un naturale acquistassero la qualità di eredi. La legge 157 d'altronde è chiara: il threus, essa dice, non è erede, *nisi ei thingatum fuerit*, il che vuol dire: ma lo addiventa se l'avo gli dona per *garethinx* parte della sua sostanza.

La qualità di erede sorgeva nel donatario al momento in cui l'atto era compito, ancorchè esso avesse dovuto produrre effetto dopo la morte del donante, ed il suo diritto di aspettativa o di credito aveva, se non il medesimo fondamento, il medesimo carattere giuridico del diritto di aspettativa degli eredi legittimi. Alla morte del donante perciò egli si trovava di diritto immesso nel patrimonio o nella quota di patrimonio che gli era stata donata, e questa quota di patrimonio passava a lui con tutti i pesi, donde l'obbligo di estinguere le obbligazioni del defunto (5).

È bene osservare che queste donazioni, le quali poi in fondo sostituivano il testamento, non trasferivano all'erede nominato che la quota espressa; e che quindi accanto a questo erede estraneo, potevano venire alla successione anche eredi legittimi. In ciò si riscontra un'altra essenziale differenza col diritto romano, differenza che si accentuò maggiormente quando fu accolto il testamento, poichè in questo nè fu necessaria la nomina dell'erede, nè colui che in esso era nominato aveva diritto sulla sostanza del testatore ad una quota diversa da quella assegnatagli nel testamento.

Il donante inoltre poteva nominarsi più eredi col medesimo atto di donazione non solo, ma poteva fare tante

(1) *Lex Ribuar.*, 48.

(2) *Roth.*, 174.

(3) Schupfer, loc. cit., p. 509 e *Nuovi studii sulla legge romana-udinese*, p. 51.

(4) Schulte, op. cit., § 184, IV.

(5) *Roth.*, 174.

donazioni quante erano le persone alle quali egli voleva che pervenisse il suo patrimonio.

Tutto ciò era effetto del concetto che i Germani avevano del patrimonio ereditario, dell'eredità, diverso del tutto dal concetto dei Romani. Questi consideravano quel patrimonio come unità, donde la necessità che un erede vi fosse, e che esso venisse indicato nel testamento, concetto questo che era intimamente connesso all'altro della continuazione della personalità giuridica del defunto nell'erede. Quelli invece non avevano nè l'uno nè l'altro concetto: per essi l'erede, sia legittimo che nominato dal defunto in una donazione, non continuava la personalità del defunto. Gli eredi si trovavano immessi nella loro quota, se legittimi, per un diritto proprio derivante dal vincolo famigliare e dalla comproprietà di famiglia; se nominati con donazione, per un diritto proprio derivante dalla donazione stessa. L'eredità quindi, alla morte del defunto, si trovava divisa in tante quote quanti gli eredi legittimi, e ciascuna quota formava un patrimonio a sè, e lo stesso avveniva per i donatari; lo stesso se una parte dell'eredità era devoluta per legge, un'altra per donazione a causa di morte (1).

**84.** Queste donazioni, sia l'*affatomia* franca, sia il *garethinx* langobardo, e questo sia o non con la condizione del *lidinlaib*, erano irrevocabili. Le stesse solennità richieste ne garantivano la irrevocabilità, ed ecco perchè l'antico diritto franco non ha una esplicita dichiarazione che confermi questa irrevocabilità.

Nel diritto langobardo una disposizione di simile natura si legge (2), il che vuole spiegarsi principalmente per due cause: la prima che l'antica solennità dell'intervento dell'assemblea era andato in disuso, ed all'assemblea erano stati sostituiti liberi testimoni, donde l'abitudine di stendere una scrittura. Questa prima causa fe' sentire il bisogno di premunire il donatario contro il donante. La seconda che, per l'influenza delle idee romane e della Chiesa, i Langobardi tendevano a rendere le loro donazioni *mortis causa* revocabili, come erano le romane, tendenza che, ad onta della disposizione rotariana, si andò sempre più accentuando, dopo specialmente che Liutprando accolse molti concetti giuridici romani nelle sue leggi, e confermò l'uso pubblico del diritto romano, già preesistente anche per i Langobardi. E questa tendenza era così forte, che Carlomagno dovette con un suo capitolare intervenire, proclamando novellamente la irrevocabilità di simili donazioni (3).

Esse adunque, quando erano fatte da persone capaci di disporre delle proprie sostanze, fra le quali non si trovavano i leprosi, che erano considerati come morti (4), e con le formalità richieste (5), e senza ledere i diritti di quegli eredi che non potevano essere diseredati, non erano revocabili.

Però, se tali donazioni davano al donatario la qualità di erede, era naturale che egli perdesse tale qualità, quando se ne rendeva indegno, ed allora la donazione veniva revocata. E d'altra parte, se i figli non potevano essere diseredati, la sopravvenienza di figli rompeva la donazione a loro favore (6). Rotari aveva disposto che, se i figli sopravvenuti erano di sesso femminile, la donazione venisse rotta solo per la parte che alle figlie, secondo il suo editto, spettava; ma tal disposizione cadde, quando Liutprando equiparò le figlie ai figli nel diritto a succedere in tutte le sostanze del loro autore, come cadde l'altra per la quale la donazione veniva rotta in parte, quando sopravvenivano figli naturali.

**85.** Ma coll'andare del tempo anche questa parte del diritto germanico, sotto l'influenza del diritto romano e della Chiesa, subì delle profonde modificazioni. Il diritto successorio germanico basava, e lo abbiamo detto, sull'ordinamento della famiglia e della proprietà, donde i limiti imposti alla facoltà di alienare i proprii beni e di donarli *mortis causa*. Però il concetto della proprietà individuale cominciò a penetrare nella coscienza dei Germani, e nel contempo nelle loro leggi; e mano mano che ciò avveniva, i limiti imposti alla facoltà di donare si andavano restringendo sempre più, al che influì per proprio vantaggio grandemente la Chiesa, cosa che avrassi occasione di vedere più innanzi.

Una trasformazione si andò lentamente operando anche nella forma e nel carattere di simili donazioni.

Tutta la solennità, con cui sono nella legge salica accompagnate, scompare quasi totalmente nella legge ripuaria, la quale, se dice che si facevano innanzi al re, dice pure che si compivano o per scrittura ovvero *per traditionem et testibus adhibitis secundum legem ripuariam* (7). Le formole ed i documenti (8) confermano questa trasformazione sancita dalla legislazione franca posteriore (9).

Presso i Langobardi, o per essere più precisi nel Regno Langobardo, la solennità del *gairthinx*, che già ai tempi di Rotari aveva perduta la sua primitiva importanza, ne va sempre più perdendo, mano mano che il concetto della proprietà individuale si allarga. Io non voglio dire che già la legge 73 di Liutprando conceda farsi le donazioni *mortis causa* con la formalità del *launegild*, come potrebbe sostenersi, quando in quella legge si trova scritto, dopo essersi detto che senza *launegild* o *thingatio* le donazioni non hanno forza: « Et qui fuerit propinquus parens ipse succedat (cioè invece di colui che era stato scelto erede) *et si ille supraestis fuerit qui ipsam donationem sine* LAUNEGILD *dedit possit eam a se recollegere* ». È certo però che anche nell'epoca langobarda sono rarissimi i documenti che contengano donazioni con la forma del *gairthinx* (10); e dopo, se si trova qualche volta questa parola (11), è dubbio per me quanto alla sostanza che vi fossero ancora vere donazioni per *gairthinx* (12). E fu allora che, scomparsa completamente la causa che richiese in

(1) Stobbe, op. e loc. cit.; Salvioli, op. cit., p. 470.

(2) *Roth.*, 174.

(3) *Capit. leg. langob. add.*, 801, c. 1, 3, 5, 6.

(4) *Roth.*, 177.

(5) *Liutpr.*, 73.

(6) *Roth.*, 174.

(7) *Lex Ribuar.*, 48.

(8) Marculfi, *Form.*, II, 3, 6, 11, 13; *Form.* Sirmond., 21, 23, 35; Bignon, 9, 11; Lindebr., 50, 57, 58, 59; Andeg., 36.

(9) Ludov. P., 11.

(10) Troya, *Cod. diplom. long.*, v, 791.

(11) *Cod. Cavens.*, 20, 213.

(12) Invero non solamente la voce nei documenti posteriori generalmente non si trova più, il che non può spiegarsi diversamente che colla scomparsa della cosa; ma, quello che è più, tra i documenti posteriori all'epoca langobarda io non ne trovo che ne offrano una forma solenne di donazione, che si avvicini a quello del *gairthinx*. Io non mi fermo alle donazioni particolari, che sono sempre accompagnate dal *launegild* (*Cod. Cavens.*, 17, 44, 81, 231, 273, 283, 286, 328, 362, 370, 416, 545, ecc.); ma quando veggo che donazioni larghissime (*Cod. Cavens.*, 192, 201) ed anche di tutti i beni (*Cod. Cavens.*, 173, 226, 267) si facevano con il *launegild*, e non per *gairthinx*, debbo desumerne che questa forma fosse andata in disuso, e che quella per *launegild* fosse addivenuta la forma comune. E tanto più mi confermo in questa opinione, quando veggo che anche in una donazione fatta al Principe di Salerno Guaimaro, questi presta il *launegild* (*Cod. Cavens.*,

simili donazioni l'intervento dell'assemblea, anche la forma della *thingatio* andò in disuso. Le donazioni *mortis causa* perdettero d'altronde quel carattere, oserei dire politico, che veniva ad esse dalle solennità che le accompagnavano, e si avvicinarono di più alle semplici donazioni tra vivi, ed anch'esse rientrarono a poco a poco nella cerchia del diritto privato, pur conservando una certa impronta del carattere loro primitivo. Prima il *launegild* si cominciò ad introdurre nelle *thingationes* per dare maggior forza e sicurtà all'atto (1), e fu già un primo passo che quanto a forma esterna avvicinava queste alle donazioni semplici. Poscia, abbandonandosi la forma della *thingatio*, anche le donazioni *mortis causa* venivano, come le altre, perfezionate con la consegna del *launegild* da parte del donatario, e l'atto per solito, come era uso invalso, veniva redatto in iscritto e roborato dall'intervento e dalla firma di testimoni. Così noi troviamo donazioni estesissime, anche di tutto il patrimonio del donante, fatte non più per *gairthinx*, ma, come le semplici donazioni, perfezionate con la consegna del *launegild* (2).

Tale trasformazione nella forma corrispondeva ancora ad una trasformazione, questa più notevole, nella essenza delle donazioni *mortis causa*. Come si è visto, tanto con l'*affatomia* franca quanto con il *garethinx* langobardo il donante si sceglieva un erede, e tanto l'una quanto l'altro davano la qualità di erede al donatario; quelle donazioni adunque avevano qualche cosa dell'adozione e concedevano un diritto ereditario. Invece, quando il ricordo del diritto della comunità scomparve e la proprietà andava compiendo la sua trasformazione da familiare in individuale, mentre la forma di tali donazioni perdeva dell'antica solennità, esse non si ebbero più necessariamente come adozioni in erede, ma potettero essere semplici donazioni a causa di morte, che non davano più al donatario necessariamente la qualità di erede. Esse davano al donatario un diritto di credito o di aspettativa sulla eredità, diritto che veniva in atto alla morte del donante, il quale seguitava a godere delle cose donate per tutta la sua vita. La forma di tali donazioni addivenne semplicissima, bastava la *traditio cartae* al donatario, come in ogni altra alienazione, per perfezionarla (3).

Questa trasformazione già era avanzata nel periodo franco. Ludovico il Pio in suo capitolare dispose: « Si quis res suas pro salute animae suae ad aliquem venerabilem locum vel ad propinquos suos aut cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore infra ipsum comitatum fuerit, in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Et si eodem tempore quo res illas tradere vult extra eundem comitatum fuerit..... adhibeat sibi..... testes idoneos..... et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fidejussori investituram donet, ut ei qui illam traditionem accepit investituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, *heredes illius nullam de predictis rebus valeant facere repetitionem*. Insuper et ipse fideiussor faciat eidem vestituram, *ne heredi illa occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbeat illam perficiendi* » (4). Come chiaramente vedesi non si tratta più di una donazione con la quale si nomina un erede, ma di una pura e semplice donazione *mortis causa*.

Queste donazioni, che furono dette *post obitum*, conservarono il carattere di irrevocabilità, ma la sempre crescente influenza del diritto romano, e le altre cause già dette influirono a togliere questo carattere, ad onta delle prescrizioni di Carlo Magno, le quali sono la prova più luminosa che sotto i Langobardi la consuetudine aveva rese tali donazioni revocabili, perchè Carlo nel sancire la irrevocabilità dice: « Non sicut hactenus fieri solebat ius sibi vendendi, donandi, commutandi et per aliam cartam easdem res alienandi reservet potestatem » (5). Nè mancano documenti di epoca precedente a Carlo Magno, nei quali il donante si riserva la facoltà di disporre dei beni donati (6). La tendenza a rendere revocabili queste donazioni fu così forte, che il legislatore dovette farle una concessione, disponendo che il donante potesse espressamente riservarsi la facoltà di alienare ad altri i beni donati (7). Sicchè solo mancando tale riserva, la donazione restava irrevocabile.

Dopo poi che fu ammesso il testamento romano, quelle donazioni addivennero revocabili, ma, il che è degno di nota, perdettero il carattere di donazioni, e furono quasi una seconda forma del testamento, come sarà veduto nel paragrafo seguente.

**86.** Il nuovo carattere acquistato dalle donazioni a causa di morte da una parte, e dall'altra la sempre più estesa facoltà di donare, entrata nella consuetudine, dietro gli sforzi continui degli ecclesiastici, fecero sì che sorgesse un nuovo istituto, il quale si perpetuò nelle legislazioni posteriori, e passò nei nostri Codici: intendo dire l'istituto degli *erogatores*, detti poi esecutori testamentari.

---

131). Vi sono alcune carte di donazione, dove il *launegild* non apparisce, ma esse o contengono donazioni a chiese, le quali, come è risaputo, non erano tenute alla prestazione del *launegild* (*Cod. Cavens.*, 75, 105), o appartengono a luoghi dove il diritto romano vigeva o predominava, come ad Amalfi (*Cod. Cavens.*, 291, 386), ovvero contengono donazioni *post obitum* e con riserva di usufrutto fatta per cartola (*Cod. Cavens.*, 118). Senza fermarmi ai documenti dell'epoca langobarda, riportati dal Troya, se qualche volta nelle carte di epoca posteriore si trova la voce *gairthinx*, si scorge subito che essa è una reminiscenza del passato: che anzi è notevole come essa si trovi in carte che non contengono una donazione. Così in una carta dell'842 i fratelli Antiperto ed Arniperto si obbligano verso tal Leone di non vendere ad altri, *neque* TINGARE, *neque in sacris locis offerire* una loro terra (*Cod. Cavens.*, 20); come vedesi qui si ha una reminiscenza del linguaggio langobardo, la voce *tingare* è usata per *donare*, e non accenna affatto a *gairthinx*. In un'altra carta del 961 tal Giovanni *hobligavit et* THINGAVIT *se... et guadia.... dedit et mediatorem... posuit benedictus figlius iohanni calamari* a favore del fratello uterino Stefano di non' *vindere nec donare, nec in sanctis locis offerire, nec thingare* od altrimenti disporre dei suoi beni immobili se non a favore di Stefano medesimo (*Cod. Cavens.*, 213): anche in questa carta la voce *thingare* non ha il significato originario ed è usato nel senso di obbligarsi solennemente una volta, di donare la seconda volta. Queste due carte od altre consimili non possono provare la esistenza della forma per *gairthinx*. Questa doveva necessariamente scomparire, quando furono introdotte le donazioni a causa di morte revocabili ed il testamento da una parte, e da un'altra la forma romana dell'adozione.

(1) Troya, op. cit., v, 929.

(2) *Cod. Cav.*, 173, 226, 267.

(3) Cf. oltre gli autori citati innanzi Hubner, *Die donationes post obitum u. die Schenkungen mit Vorbehalt d. Niessbrauches im alt. deutsch. Recht.*, 1888.

(4) *Ludov. P.*, 11.

(5) *Caroli M.*, 78.

(6) Troya, *Cod. dipl. langob.*, 603 (a. 747), 809 (a. 763), 686 (a. 754), 723 (a. 758), 929 (a. 770).

(7) *Loth.*, 17; *Alb.*, II, 15, 18.

Questo istituto ebbe origine in Italia, nel periodo langobardo, come dimostrano i documenti, ma anche nel Regno Franco vi era un istituto consimile, quello dei *salmanni*, che si riscontrano in numerosi documenti. Questi però si differenziano dagli *erogatores* langobardi per l'origine e per un punto essenziale del loro carattere giuridico. I *salmanni* (1) franchi si originarono dall'*affatomia;* non altro che un *salmann* era quell'intermediario, di cui ne parla il titolo 46 della legge salica, ed il quale riceveva l'investitura delle cose donate, per poi passarle agli eredi designati dal donante.

Quando l'*affatomia* perdette l'originario carattere per avviarsi a diventare una semplice donazione a causa di morte, l'uso dei *salmanni* restò e si allargò, come provano estesamente le formole. Ma come il *salmann* del tit. 46 della legge salica riceveva la tradizione per mezzo della festuca, e prendeva possesso della quota donata, addivenendone proprietario, così ai *salmanni* dei documenti posteriori veniva trasferita la proprietà dei beni donati, perchè li distribuissero secondo la volontà del testatore, dopo la sua morte; e già innanzi, a proposito della successione dei liberti, si è visto, come spesso essi abusassero della loro posizione, ritenendo per sè i beni, che avrebbero dovuto passare ad altri. A questi *salmanni* adunque si soleva affidare tutto il patrimonio ereditario, perchè ne facessero la distribuzione secondo la volontà del defunto. Il *salmann*, che prima era giuridicamente necessario per l'*adoptio in haeredem* o *affatomia* franca, dopo addivenne tale per assicurare la esecuzione delle donazioni contro gli eredi legittimi. Così un avo che voleva assegnare una parte de' suoi beni a' nipoti esclusi dai figli suoi; un padre che voleva lasciare parte de' suoi immobili ad una figlia in concorso con figli; così ancora un liberto che voleva far pervenire il suo patrimonio a' suoi figli, ciò faceva per mezzo del *salmann*, che addiveniva proprietario della quota donata, o del patrimonio, per passarlo, alla morte del donante, alle persone designate (2).

Presso gli Anglo-sassoni si ritrova un istituto, che però non è nè quello dei salmanni, nè quello degli erogatori; ma che con essi ha qualche punto di simiglianza. Colui, che faceva una donazione a causa di morte, od un testamento, poteva, perchè le sue disposizioni fossero fedelmente eseguite, nominare uno laico od un sacerdote, per lo più un sacerdote, che avesse cura d'interpretare la sua volontà (3).

Gli *erogatores* langobardi invece hanno un' origine diversa, specie per noi che abbiamo escluso l'intervento di un intermediario nel *thinx* langobardo. Essi cominciarono ad apparire, quando le donazioni a causa di morte andarono perdendo l'antica solennità, e quando, dopo l'introduzione del testamento per opera di Liutprando (anno 713), il testamento si potette fare con la forma romana o con la forma germanica della *traditio cartae*, forma che, e lo si è visto, serviva anche per le donazioni *post obitum*.

La nomina degli *erogatores* era una necessità, sia quando non si poteva per una causa qualsiasi fare la tradizione alla persona del beneficato, sia quando il donatore od il testatore voleva che parte de' suoi beni si erogasse secondo le istruzioni confidate ad un terzo, che quindi era l'esecutore della volontà del donante o del testatore, cioè un *erogator*. Tale nomina poi si rese una necessità, anche per assicurare l'esecuzione della donazione o del legato, contro la volontà degli eredi. Un esempio della prima ipotesi si riscontra in una legge di Ludovico il Pio (4), già innanzi riportata, e dalla quale si rileva pure che la nomina dell'esecutore, al quale veniva fatta la tradizione, mirava anche a difendere la donazione contro gli eredi, e mettere anzi questi nella necessità di eseguirla.

Esempi della seconda ipotesi si trovano frequentissimi nelle raccolte di documenti. In molti di questi è data facoltà all'esecutore di vendere od alienare parte dei beni del defunto e dispensarli per rimedio dell'anima del defunto medesimo, senza che sia precisato il modo come questi beni debbano essere dispensati (5). In altri poi è dato addirittura all'esecutore di erogare i beni assegnati a suo arbitrio (6).

La nomina dell'erogatore o degli erogatori era fatta nella carta contenente le disposizioni del donante o del testatore. Così, per esempio, in una carta del 997, una tale dona ai figli una parte de' suoi beni, riservandone l'usufrutto, ed impone che tra i sette giorni dalla sua morte, a quell'uomo ch'ella designerà (in altre carte è già designato) diano nove tari d'oro perchè questi li erogasse in salute dell'anima di lei alle chiese, ai sacerdoti ed ai poveri (7).

In molti documenti poi la nomina dell'esecutore è accompagnata dalla clausola *ad exigendum*, mercè la quale poteva erogare i beni designati o l'esecutore nominato, ovvero colui al quale questi dava la carta *ad exigendum* (8).

E, quello che è più notevole, qualche volta la carta non conteneva la designazione dell'esecutore, ma dava facoltà di erogare a colui che esibiva la carta contenente la disposizione (9). Si aveva così un vero titolo al portatore (10).

Nel periodo franco questi erogatori sono nominati anche nelle leggi (11), e fu proprio in questo periodo che, sotto l'influenza della consuetudine italiana, i *salmanni* franchi cominciarono ad acquistare il carattere degli *erogatores* langobardi, quantunque restasse la differenza, che può rilevarsi anche dalle leggi, per la quale agli erogatori per diritto franco si trasferivano le cose di cui si era disposto (12), per diritto langobardo il possesso delle cose restava in colui che ne aveva disposto (13).

**87.** Nel periodo barbarico, la successione contrattuale ebbe grandissima importanza, mentre il testamento fu introdotto tardi ed in dati limiti, ed ecco perchè io ho creduto opportuno discorrere in questo paragrafo degli *erogatores* e della riserva agli eredi legittimi.

Dicevo sopra come i limiti alla facoltà di donare fossero molto allargati. A ciò influì grandemente la Chiesa, che faceva così nel contempo il vantaggio suo e quello

(1) Cf. Stobbe, *Ueber die Salmannen*, nella *Z. f. R. G.*, VII, p. 405 seg.; Beseler, op. cit., II, p. 262 e seg., Zoepfl, *Alterthümer*, II, p. 294-95.

(2) Rozière, *Form.*, 121.

(3) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, I, 128.

(4) *Ludov. P.*, 11.

(5) Troya, *Cod. dipl. long.*, 736, 871, 884, 976, 991; *Cod. Santambr.*, 46, 99; *Cod. Cav.*, 105.

(6) Cf. *Cod. Cavens.*, 105.

(7) *Cod. Cav.*, 514.

(8) *Memorie Lucchesi*, IV, 176; Troya, op. cit., 976.

(9) *Memorie Lucchesi*, V, 403, 532.

(10) Cf. Salvioli, *I titoli al portatore nella Storia del diritto italiano*, 1883, p. 72 seg.

(11) *Pipp.*, 32 (34).

(12) *Cod. Santambr.*, 46, 39, *Mon. R. arch. nep.*, 46, 84.

(13) *Cod. Santambr.*, 49.

degli eredi esclusi dalle legislazioni. E fu per influenza della Chiesa che la legge burgundica concesse al padre donare anche tutte le cose da lui acquistate, non quindi il patrimonio avito, alla Chiesa (1); che la legge alemanna e la sassone non posero limite alcuno alle liberalità verso la Chiesa (2); è sotto la medesima influenza che il concetto della legittima venne ristretta anche nelle leggi romane dei barbari (3).

La legislazione langobarda, che, ai tempi di Rotari, non dava, nella coesistenza di figli, facoltà al padre di donare anche parte del patrimonio, dopo diviene meno rigorosa, e concede al padre rimunerare il figlio o la figlia, che a preferenza degli altri o delle altre ne fosse stato meritevole; di donare alla figlia, esclusa dai figli dalla successione; come anche di donare ad estranei, nella coesistenza di figlie.

Però doveva essere fatta salva ai figli una quota che costituiva la riserva. Se il padre voleva beneficare un figlio, non poteva donargli che un terzo, se due erano i figli; un quarto, se tre, e così via (4); e così ancora se voleva beneficare una figlia tra le altre, nella mancanza di maschi (5); che se voleva, avendo figli, assegnare una quota alla figlia, la quota non poteva superare il quarto, se aveva un sol figlio; il settimo, se ne aveva due, e così di seguito (6). Il marito poteva beneficare la moglie, assegnandole una quota di usufrutto, la quale non poteva superare la metà del suo patrimonio, se vi erano figli; e se vi erano anche figli di un matrimonio precedente, la quota non poteva superare il terzo, il quarto e via, secondo che essi erano due, tre o più (7). Il padre infine, se voleva donare, anche *ad pias causa*, o *pro remedio animae*, ed aveva figlie, doveva far salvo a queste il terzo del suo patrimonio, se una; la metà se in numero maggiore (8). Una disposizione simile che riguardasse i figli non si legge, il che significa che, nella esistenza di figli maschi, il padre non potesse, come Rotari aveva disposto, donare o far lascito de' suoi beni. Ciò rilevasi dalle parole della legge 65 di Liutprando: *De eo qui filiam in capillo in casa habuerit « et filium non relequerit legetimum »*: dunque se aveva figli, non poteva donare alcuna parte del suo patrimonio. Cade quindi l'opinione, che vorrebbe sostenere come, ammesso il testamento, il testatore potesse a favore dell'anima sua disporre di tutto il suo patrimonio. La legge sesta di Liutprando vuole essere messa di accordo con le altre, e specie con la 65. La sesta dice che il moribondo avesse facoltà *pro anima sua iudicandi vel dispensandi de rebus suis quid aut qualiter cui voluerit;* ma la 65 dice che il padre, avendo una o più figlie, non può *per donationem* AUT PRO ANIMA, privare la figlia di un terzo, le figlie di una metà del suo patrimonio. E l'*Expositio ad librum legis langobardorum*, dice, a proposito della legge sesta: *sic intelligere debemus potestatem habeat, id est ut secundum legem faciat, quia si aliter intelligeretur exhaeredare filium valeret aliaque facere quae legibus interdicta sunt* (9).

Però era naturale che, se il padre lasciava o donava qualche cosa ai luoghi pii, *pro anima*, i figli rispettassero tale disposizione, o vi dessero preventivamente il loro consenso, come risulta da una legge di Arechi, principe di Benevento, la quale a me pare sancisca l'uso che aveva determinata la legittima dovuta ai figli, quando questi non volevano consentire alle disposizioni che il padre o la madre voleva fare. Quel principe invero dispose che, se la madre voleva disporre di parte del suo patrimonio per l'anima, ed i figli non volevano acconsentire, ella potesse disporre di un terzo se aveva un figlio, di un quinto se ne aveva due, di un settimo se tre, e così via (10). Del resto anche dai capitolari dei re franchi risulta che i figli non potessero essere ingiustamente diseredati, e contro la diseredazione potessero ricorrere al magistrato (11).

§ 5. — *Della successione testamentaria.*

**88.** L'introduzione del testamento nelle legislazioni e nelle abitudini germaniche, se fu dovuta in parte alla influenza del romano diritto, avvenne principalmente per opera del clero. Questo, trovando, nei primi tempi, lo spirito germanico restio al testamento, lavorò a rendere le donazioni *mortis causa* meno solenni, ed a togliere loro quel carattere di adozione che dava suprema importanza. La minore solennità non rendeva tanto apparirscente la diseredazione parziale o totale dei parenti legittimi, e smorzava le inimicizie che da simili atti solevano sorgere: il nuovo carattere di semplici donazioni *mortis causa*, dava possibilità di disporre di parte delle proprie sostanze, senza l'adozione in erede. Per l'una e per l'altra riforma la Chiesa si avvantaggiava grandemente, tanto più che le donazioni fatte ad essa erano valide in Italia anche senza il *launegild* (12).

La Chiesa, sviluppatasi poi, sotto il suo impulso, la tendenza a rendere le donazioni *mortis causa* segrete e revocabili, favorì questa tendenza, la quale si era manifestata non solo nel regno langobardo, ma anche nel franco, quivi pure perchè i salmanni, acquistato un diritto irrevocabile sul patrimonio del donante, spesso, alla costui morte, lo esercitavano nel loro esclusivo interesse ed a danno degli eredi indicati.

Nell'istesso tempo la Chiesa influiva sull'animo dei legislatori, perchè introducessero il testamento, e così avvenne che, mentre questi trovavano già preparata la coscienza del popolo alla nuova riforma, le donazioni *mortis causa* ed il testamento si toccassero e si confondessero quasi fra loro. Invero, mentre quelle donazioni cominciavano a divenire segrete e revocabili, il testamento aveva questi due caratteri, e si presentava non con l'aspetto del testamento romano, ma con l'aspetto che già avevano acquistate le donazioni *post obitum*, potendo esso contenere disposizioni particolari, senza bisogno dell'istituzione di erede.

Ed ecco perchè i testatori solevano, nella cartola, riservarsi la disposizione dei loro beni vita durante. Così appariva chiara la loro volontà di fare un testamento e non una donazione (13). Quando poi si cominciarono ad usare le voci *testamentum* e *testare* (14), allora tale dichiarazione non fu più necessaria: quelle voci dinotavano la natura dell'atto.

Ciò fu una necessaria conseguenza dei limiti entro cui per prima apparve il testamento, il quale era per-

(1) *Lex Burgund.*, I, 1.
(2) *Lex Alamann.*, I, 1, 2; *Lex Saxon* (tit. 16, § 2).
(3) *Pap.*, 45, 4-7; *Brev. Alar.*, 10, 5, 7.
(4) *Liutpr.*, 113.
(5) *Aistulf.*, 13.
(6) *Liutpr.*, 112.
(7) *Aistulf.*, 14.
(8) *Liutpr.*, 65; *Pipp.*, 32.
(9) In Padelletti, *Fontis iur. ital. m. ae.*, p. 183.
(10) *Areg. Capit.*, 14.
(11) *Cap. Ansegis.*, II, 31.
(12) *Liutpr.*, 73.
(13) Muratori, *Ant. ital.*, I, 573; Troya, op. cit., 686.
(14) Troya, op. cit., 891 (a. 768), 916 (a. 770) ecc.

messo solo *pro remedio animae*. In fondo la riforma consistette in questo: che si potette disporre di parte dei proprii beni a favore dell'anima, senza le formalità ancora richieste per le donazioni *mortis causa*. Sotto questo aspetto ci si presenta l'introduzione del testamento nelle leggi di Liutprando, le quali non hanno neppure le voci *testamentum* e *testare*, ma le altre *iudicare*, *dispensare* (1). Però questa prima manifestazione, che urtava tutta la legislazione preesistente, apparve come un'eccezione, dettata da circostanze speciali, perchè solo a coloro che erano infermi e giacevano nel letto era dato disporre in tal modo a beneficio dell'anima, sempre però che avessero sane le facoltà mentali *(recte loqui potest)* (2). E l'atto aveva il suo effetto, solo se il malato moriva; che se sopravviveva, il testamento perdeva efficacia (3) e il sopravvisuto doveva ricorrere alle forme ordinarie.

Mano mano che il nuovo istituto entrava nell'abitudine del popolo, le limitazioni apposte da Liutprando potettero togliersi, ed il testamento da forma straordinaria ed eccezionale di assegnare *pro anima* parte delle proprie sostanze, addivenne forma ordinaria. Astolfo invero diede facoltà di disporre dei proprii beni a favore dell'anima con una semplice *cartola* anche ai sani di corpo. Ed è notevole che quel re permise a colui, che era in fin di vita, e che non poteva manomettere un suo servo nelle forme volute, di disporre nel testamento che un sacerdote compisse, dopo sua morte, la manomissione, *quia maxima merces nobis esse videtur ut de servitio servi ad libertatem ducantur, eo quod redemptor noster servus fieri dignatus est ut nos libertatem donaret*. Ed inoltre volle che la donazione, fatta a tal servo dal defunto in fin di vita, o che questi dispose gli venisse fatta, fosse valida ed eseguita, ancorchè mancasse il *launigild*, *quia apostolus paulus auctoritas maxime ad domesticos fidei beneficium praestare iubit* (4). Anche questa legge di Astolfo fu scritta sotto l'influenza della Chiesa, ed è importantissima, perchè comincia, quantunque in linea di eccezione, ad allargare il contenuto del testamento, il quale già può contenere la manomissione di un servo ed un legato a favore di costui.

Dai capitoli di Arechi, pare che il testamento contenesse sempre disposizioni a favore dell'anima (5). Ed è notevole, perchè dimostra la tenacia di certi sentimenti popolari, che Arechi dovette fare una legge per dichiarare che colui il quale, non avendo figli, disponeva di tutti i suoi beni a beneficio de' luoghi pii *pro animo suo*, non fosse ritenuto nemico de' suoi parenti, e potesse fare loro da sacramentale, e avesse diritto a succedere agli stessi (6).

*a)* Ma fu nel periodo carolingio che l'uso dei testamenti si allargò, specialmente quando con un capitolare fu riconosciuto pienamente il diritto nei Romani di regolare le loro successioni secondo la legge romana (7). Influirono a questa diffusione il ripetuto disposto degli imperatori franchi intorno alla irrevocabilità delle donazioni a causa di morte (8), poichè i disponenti preferirono ricorrere al testamento, che era segreto ed irrevocabile.

**89.** *b)* Nel regno franco il testamento apparve ben presto, che anzi alcuni credono esso sia stato ammesso dall'editto di Clotario del 614 c. 6 (9). I documenti e le formole ci offrono invero parecchi esempi di testamenti, qualcuno accennante anche, benchè in modo vago, alla falcidia (10). Si potrebbe, è vero, dubitare che queste formole e questi documenti si riferiscano a Romani, i quali vivevano secondo il loro diritto; ma pare che questo dubbio non regga, quando si vede che quei testamenti miravano a riparare all'ingiustizia del diritto salico, il quale escludeva le donne dalla successione ai beni stabili (11); od a chiamare i nipoti *ex filio* in concorso con i loro zii (12); od a lasciare qualche cosa ai figli naturali (13).

Delle altre legislazioni germaniche, la burgundica accolse, sotto l'influenza del diritto romano, il testamento (14); la bavara ancora essa conosce il testamento (15). Presso gli Anglo-sassoni poi il testamento era in uso fin dai tempi di Alfredo (16), ed ai tempi di Canuto l'uso era così generalizzato, che, se ciò si può desumere da una sua legge, morivano intestati solo quelli che erano colti da morte improvvisa, o che erano per natura trascurati nelle loro cose (17).

**90.** *c)* Nelle legislazioni nordiche il testamento venne introdotto molto tardi insieme alle donazioni a causa di morte, *ad pias causas*. Come si è visto la legge vestrogotica non permetteva alcuna disposizione, anche a favore dell'anima, senza il consenso dell'erede (18). I pontefici dichiararono empia tale legge, e si lagnarono che non vi si apportasse una riforma (a. 1206 e 1274); ma solo alla fine del secolo XIII la legge venne riformata ed il Codice recente ammise la libertà di disporre a favore dell'anima, anche senza il consenso degli eredi, ma in dati limiti (19). Le altre leggi provinciali, più recenti della vestrogotica, ammettono la facoltà di testare *ad pias causas* (20), e la legge di Helsingeland permette di disporre in tal modo di tutti gli acquisti fatti dal testatore, non dei beni aviti (21). Questo per la Svezia.

Per la Norvegia, solo nel 1152, dietro le premure dei legati del papa, venne ammesso il testamento, ma solamente *ad pias causas*, con questa limitazione, che il testatore non potesse disporre che di un decimo dei beni di famiglia, e di un quarto dei beni acquistati da lui (22).

Nell'Islanda, secondo ne apprendono i *Gragas*, erano ammessi solamente disposizioni a favore dell'anima (*sâlobota*) (23).

**91.** Quanto alla forma del testamento, essa poteva

(1) *Liutpr.*, 6, 19, 65.
(2) *Liutpr.*, 6.
(3) *Formula ad l.* 19 *Liutpr.*
(4) *Aistulf.*, 12.
(5) *Aregis cap.*, 14.
(6) *Areg. cap.*, 16.
(7) *Leg. lang. Carol. M.*, 143; *Loth.*, 14.
(8) *Carol. M.*, 105, 78; *Loth.*, 17.
(9) Walter, op. cit., § 595, n. 13.
(10) Rozière, *Form.*, 128, 146.
(11) Marculfi, *Form.*, II, 12; *App.* 49; Rozière, *Form.*, 13; Greg. Turon., IX, 35.
(12) Marculfi, *Form.*, II, 10; Sirmond, *Form.*, 32; Lindebr., *Form.*, 35: Rozière, *Form.*, 131, 132, 133, 134.
(13) Marculfi, *App.*, 47, 52, 54.
(14) *Lex Burgund.*, 21, 3; 43, 1, 2, 3; 51, 2; 60, 1.
(15) *Lex Baiuw.*, 14, 10.
(16) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, I, 127.
(17) Cnut, II, 70 in Schmidt.
(18) *Westgötolag*, C. A., VII, 10.
(19) *Westgötolag*, C. R., I, 60.
(20) *Uplandslag*, I, 14.
(21) *Helsigelandlag*, I, 14.
(22) Dareste, *Les anciennes lois de la Norvège*, loc. cit., 297.
(23) *Gragas Arf.*, P. 11, 18.

essere la romana, e poteva essere la germanica, la quale consisteva in una *cartola*, come può rilevarsi da una legge di Astolfo (1). Questa *cartola* veniva, come era abitudine, redatta dal notaio, e nel ducato beneventano doveva essere necessariamente redatta da un notaio, poichè in una legge di Adelchi si legge: .... *decernimus, ut soli notarii brevem scribant* sicut et caetera munimina. *Et quiscumque deinceps brebis fuerint absque notarii subscriptionem ostensus, nullam retineat firmitatem, quoniam multos ex illis deprehensimus fuisse falsos* (2).

La medesima consuetudine si seguiva nel regno franco come dimostrano i documenti e le formole.

Presso gli Anglo-sassoni il testatore poteva anche scrivere il testamento egli stesso, ma allora occorrevano molti testimoni. Il testamento poteva farsi anche verbalmente, affidando ad un sacerdote innanzi a due testimoni la propria volontà, ma era però preferibile un atto scritto che anch'esso si affidava al sacerdote innanzi a due testi (3).

Nella Svezia finalmente il testamento poteva essere fatto o verbalmente o per scritto innanzi a due testimoni, come in Inghilterra, e questa forma passò nel Codice del 1734 (4).

## Capitolo III. — Diritto Feudale.

### § 1. — *Del diritto successorio secondo la legislazione feudale.*

**92.** Il diritto successorio feudale è intimamente connesso con tutto il regime feudale, e quindi può ben dirsi faccia parte, più che del diritto privato, del diritto pubblico nel periodo feudale. Le norme invero che dovevano regolare tale successione si manifestarono, solo quando le istituzioni politiche si trasformarono sotto l'influenza del novello istituto. Ciò era naturale, perchè, quando i signori feudali, mercè usurpazioni o concessioni, si trovarono investiti di poteri politici, che acquistarono carattere di patrimoniali, considerandosi annessi al territorio che costituiva il feudo, si sentì forte il bisogno di regolare la successione feudale, mercè la quale non solo il feudo, come territorio, veniva trasferito, ma ancora i diritti politici e giurisdizionali che a quel territorio erano annessi.

Come vedesi, la successione feudale ha più stretto rapporto con le istituzioni politiche, che col diritto privato, ed a volerne discorrere lungamente in un trattato generale del diritto successorio nella storia del diritto italiano sarebbe un fuor d'opera. Però, poichè le norme che regolarono la successione nei feudi ebbero influenza sull'ulteriore sviluppo del diritto successorio, specialmente fuori d'Italia, così è utile farne un cenno. Ed io, rimandando i lettori ad altro mio lavoro, nel quale tratto ampiamente del regime feudale (5), mi limiterò ad esporre qui brevemente le norme che le leggi feudali dettarono intorno al diritto successorio.

**93.** Il fondamento giuridico del diritto successorio feudale vuolsi trovare nell'indole stessa e nella natura del feudo e del regime feudale. Il feudo risultò dai due istituti del *beneficium* e del *vassallaggio*, quando a questi due elementi, reale l'uno personale l'altro, si unì l'elemento della giurisdizione. Il *beneficium*, originatosi dal precario romano, era un istituto per cui il beneficiato non acquistava la proprietà della cosa, la quale restava al concedente, che in origine poteva ritirare la concessione a suo libito. Ed anche quando si introdussero le concessioni a tempo determinato, vitalizie e perpetue, esse non furono vere donazioni, ed il concessionario riconosceva l'alto dominio del concedente, mercè una prestazione. Mano mano le terre allodiali andarono assottigliandosi per diventare beneficiarie, e poiche si introdussero le subconcessioni ed il regime feudale acquistava, in generale, caratteri precisi, ne venne che la proprietà fondiaria nella maggior parte non fu più libera, e che, escluso il sovrano, cui era riconosciuto l'alto dominio su tutto il territorio, i beneficiati non potessero liberamente disporre delle terre ricevute, ed abbisognassero del consenso del concedente.

D'altra parte il vassallaggio ligava personalmente il vassallo al signore, per tutta la sua vita, e il signore al vassallo, in modo che quegli doveva fedeltà, omaggio e servizio militare o di altra natura, il signore protezione e sostentamento. Come il beneficio nel precario, così il vassallaggio trovava riscontro nel patronato romano degli ultimi tempi dell'Impero. Ma a dare il carattere con il quale il vassallaggio ne si presenta influì grandemente l'antica comitiva germanica.

Quando i due istituti si fusero, quando cioè il signore, anzi che dare in modo diretto il sostentamento ai vassalli ammettendoli alla sua mensa, concesse loro benefìcii, perchè su questi si procurassero il sostentamento, i vassalli addivennero anche beneficiati ed il vincolo personale si unì al reale, il beneficiato cioè non doveva più solo la sua prestazione in riconoscimento del diritto del concedente, ma ancora e più la fedeltà, l'omaggio ed il servizio per lo più militare. E come la proprietà era addivenuta beneficiaria per regola, così la classe degli antichi esercitali andò scomparendo, e mentre moltissimi addivennero dipendenti, gli altri furono vassalli, e le gradazioni tra questi formarono una catena, il cui ultimo anello era costituito dall'autorità sovrana, alto signore, nel medesimo tempo che alto proprietario di tutto il territorio del suo Stato.

Ai due elementi il personale ed il reale si unì l'altro della giurisdizione, ed allora il feudo fu veramente costituito, ed i poteri giurisdizionali si annessero, diciamo così, al beneficio, addivenendo diritti patrimoniali, di cui godevano i beneficiati. Così questi, come dovevano fedeltà ed omaggio al concedente, come in costui riconoscevano l'alto dominio del beneficio, così da lui ripetevano i poteri politici che al beneficio erano annessi (6).

Se il feudo adunque sorgeva dalla concessione di un territorio e dei poteri giurisdizionali su di esso, coll'obbligo nel vassallo di riconoscere nel concedente l'alto dominio e di prestargli giuramento di fedeltà ed omaggio ad un servizio per lo più militare, ne seguiva che il concedente non acquistasse la proprietà piena del territorio e dei diritti annessivi, e che egli non potesse quindi alienarli nè per atti tra vivi nè per donazione a causa di morte, ne per testamento. Di qui venne che, quando i feudi addivennero ereditarii, la successione non potette in alcun modo fondarsi sulla volontà presunta od espressa del defunto, e neppure sui vincoli di sangue, perchè allora nei feudi nuovi avrebbero dovuto essere chiamati, mancando figli, i fratelli del defunto; non avrebbe potuto essere esclusa la successione ascenden-

(1) *Aist.*, 12.

(2) *Adelg. Capit.*, 8.

(3) Glasson, cit., p. 128; Wilkins, *Conc.*, I, 82.

(4) Dareste, *Les anciennes loi suédoises*, loc. cit., p. 575.

(5) Cf. Ciccaglione, *Feudalità*, parte IV, nell'*Enciclopedia giuridica italiana*.

(6) Cf. Ciccaglione, op. cit., parte I.

tale, ammessa da tutte le legislazioni germaniche, e nella linea collaterale il diritto successorio avrebbe dovuto estendersi almeno fino al grado ammesso dalle leggi dell'epoca. Il fondamento giuridico del diritto successorio feudale vuolsi adunque riscontrare nella natura stessa del feudo, e, si noti bene questo, nella volontà espressa dei contraenti. Ecco perchè la successione feudale, quando il contratto di concessione taceva sull'argomento, era regolata dalle consuetudini feudali, tradotte poscia in iscritto, e le quali si erano originate dalla natura del feudo; si regolava dal contratto, quando questo dettava norme speciali, che dovessero regolare la successione al feudo che si concedeva con il contratto. Così potettero aversi feudi femminili, nei quali erano chiamate le donne, in mancanza di maschi; feudi alienabili, i quali perciò si potevano trasmettere con testamento o donazione a causa di morte; feudi alla cui successione potevano venire anche gli ascendenti e via.

**94.** Dicevo come i beneficii potessero concedersi in perpetuo; ma anche quelli concessi a tempo determinato ed indeterminato od a vita, durante il periodo carolingio, addivennero ereditarii. Ed è notevole che questa trasformazione si osserva prima che negli altri, nei beneficii regii: il che vuole spiegarsi dal fatto che l'autorità sovrana, a misura che il regime feudale si stabiliva, andava sempre più indebolendosi. Così si legge nei capitolari l'assicurazione che i fedeli non sarebbero stati privati dei beneficii ricevuti dal sovrano (1), e poi la espressa sanzione dell'ereditarietà dei beneficii (2). Ma quello che è più notevole, nel periodo carolingio, si è che non solo i beneficii, ma gli uffici stessi si resero ereditarii. Il capitolare di Kersy dell'877 dice espressamente che alla morte di un conte, l'ufficio, dovesse passare al figlio del defunto, e che solo in mancanza di figli l'imperatore potesse scegliere un nuovo titolare. E poichè i conti avevano ancora nella contea loro affidata larghi beneficii, così essi con i beneficii trasmettevano l'ufficio, i poteri politici cioè annessi alla carica, e d'allora in poi questi poteri cominciarono a ritenersi annessi al beneficio, e presero ad acquistare un carattere patrimoniale.

Questo fatto nella storia del diritto successorio feudale ha somma importanza, poichè essendosi cominciati a concedere poteri politici e giurisdizionali, non solo agli enti ecclesiastici, per i quali non può parlarsi di successione, ma anche a laici, sul territorio beneficiario da loro dipendente, ne venne che questi laici, i quali non avevano carattere di pubblici ufficiali, trasmettessero agli eredi insieme ai beneficii anche i poteri giurisdizionali.

Caduto l'impero franco, il principio dell'ereditarietà nei feudi si andò sempre più estendendo e rafforzando. Ottone I nel porre di contrappeso ai feudatarii maggiori i conti palatini, rese ereditarii i beneficii ed i poteri di cui questi erano investiti. L'ereditarietà si affermò più fortemente in prosieguo, quando si resero ereditarii i feudi imperiali, quelli cioè che dall'imperatore direttamente dipendevano, i quali ai tempi di Enrico II erano addivenuti tutti indistintamente ereditarii. Corrado il Salico, sempre allo scopo di rafforzare l'autorità imperiale contro i grandi baroni, volle crearsi un nuovo appoggio nei feudatarii minori, e con una costituzione del 1037 dichiarò ereditarii i loro feudi.

Dalla costituzione di Corrado la successione feudale acquistò carattere preciso e si formarono le norme che dovevano regolarla. Dopo essa si estese sempre più nella linea collaterale.

**95.** Come nella successione civile, così nella feudale succedevano solamente i capaci. Però come il fondamento della successione feudale era speciale, così ancora la capacità si regolava secondo un principio speciale. Era senz'altro sottinteso che anche per diritto feudale la semplice concezione non bastasse a dare la capacità.

Si è visto come uno degli obblighi del vassallo fosse quello di prestare il servizio militare che per lo più veniva imposto in tutte le concessioni feudali. Ora tutti coloro i quali non erano capaci di prestare il servizio militare venivano esclusi dalla successione feudale. Ed è perciò che colui il quale per un difetto fisico o mentale era inetto alle armi non poteva succedere. Ma specialmente per alcuni difetti fisici, in Italia la giurisprudenza era molto fluttuante (3). In Inghilterra (4) e nella Normandia (5) veniva per certo escluso il leproso, che, come per diritto langobardo, avevasi quale morto, ond'è che secondo alcune consuetudini, quando lo si separava dagli altri per evitarne il contagio, gli si faceva il servizio mortuario (6).

Come incapaci a prestare il servizio militare venivano escluse le donne, salvo patto in contrario, e salvo il caso che il servizio al feudo annesso fosse tale da poter essere prestato da una donna (7).

Tutto ne induce a credere che l'esclusione degli ascendenti venisse fondata sulla presunta loro incapacità al servizio militare, a causa della loro età per lo più avanzata, quantunque potrebbe dirsi, e con ragione, che la consuetudine si fosse formata in seguito al tenore delle concessioni, le quali erano ordinariamente fatte al concessionario ed ai suoi discendenti, con esclusione quindi degli ascendenti. Dopo, gli scrittori cercarono spiegare questa esclusione in altri modi e dissero: « hereditas nunquam naturaliter ascendit » (8), ovvero: « Descendit ius quasi ponderosum quid cadens deorsum recta linea et nunquam reascendit ea via qua descendit » (9). Il certo è che le leggi feudali escludevano gli ascendenti, salvo che il contratto feudale avesse disposto diversamente (10). Solo in Inghilterra Enrico I chiamò alla successione feudale anche gli ascendenti (11), ma la sua legge non incontrò, e non ebbe, può dirsi, mai vigore (12). Molto tardi, e cioè ai tempi di Filippo III e IV, nel vicereame di Napoli fu concesso al padre di succedere nel feudo del figlio morto, senza discendenti e collaterali (13).

(1) *Carol. II Capit.* 843, c. 3; *Ludov. II imper. Conv. ticin.*, 855, c. 4; *Carol. II Conv. ap. Carisiacum*, 877, c. 9, 10 e *Capit. Carisiac.*, 877, c. 3.

(2) *Conv. ap. Carisiacum*, 877, c. 9; *Capit. Carisiacum*, 877, c. 3.

(3) *LL. F.*, I, 6, 3; II, 36.

(4) Hale, *History of the common law*, cap. 6 ed 11.

(5) *Ancien coûtume de Normandie*, c. 27.

(6) *Coûtume de Hainaut*, c. 109; *Coûtume de Mons*, c. 105; Guillouard, *Étude sur la condition des lépreux au moyen age notamment d'après le coûtume de Normandie*, 1875.

(7) *LL. F.*, I, 6, 1; I, 8; 1; 24; II, 17, 51, § 3; 104, § 1.

(8) Glanville, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, VII, 1, § 10.

(9) Bracton, II, 29, § 1.

(10) *LL. F.*, II, 50, 84; *Sachsensp. Lehnr.*, 6, 2; 21, 3.

(11) *Heinrici I*, c. 70, 20.

(12) Glanville, loc. cit.

(13) Abignente, op. cit., p. 175.

Quando i contratti feudali portavano che la concessione si faceva al concessionario ed ai suoi discendenti, intendevano sempre parlare di discendenti legittimi. Di qui, ed anche per l'influenza del diritto germanico, venne la incapacità dei figli naturali. Nè a renderli capaci valeva la legittimazione, perchè la incapacità si determinava dalla nascita, ed i legittimati nascevano incapaci (1).

Equiparati ai figli naturali, nella successione feudale erano i figli nati da un matrimonio *ad morganaticam* (2), appunto perchè questi matrimoni avevansi come illegittimi, e solo per influenza della Chiesa venivano sopportati. Il feudo quindi, che era in questo periodo, la base della nobiltà, non passava ai figli di questi matrimonii: ad essi era dato solo succedere nei beni burgensatici del padre, quando mancavano figli di un precedente regolare matrimonio. La causa poi apparente esterna, diciamo così, per cui i nati da simili matrimonii erano esclusi dalla eredità feudale del padre, consisteva nella formola, con la quale simili matrimonii solevano essere contratti, e cioè: *ut nec ipsa* (la sposa) *nec filii eius amplius habeant de bonis patris, quam dixerit tempore sponsaliorum.*

Come i naturali così non erano compresi tra i discendenti gli adottati, i quali quindi venivano esclusi dalla successione feudale (3), perchè l'adozione, se fosse stata capace di dare all'adottato un diritto di successione ai beni feudali del padre adottivo, avrebbe implicitamente dato a costui di alienare il feudo a danno degli altri parenti successibili e del signore, al quale, in mancanza di eredi, ritornava il feudo.

Infine si poteva addivenire indegno di succedere nel feudo; ma, è naturale che le leggi feudali contemplino il caso d'indegnità dell'erede verso il signore del feudo, anzichè dell'erede verso il suo autore. Era quindi indegno colui che aveva offeso il signore, vivente l'autore suo, in uno dei modi contemplati come cause della perdita di un feudo, ed egli poteva succedere solo quando era stato perdonato dal signore offeso (4). Ma era anche indegno, e come tale veniva escluso, colui che rendevasi reo verso l'investito del feudo di una di quelle colpe contemplate dal diritto civile (5), ed il quale come perdeva il diritto all'eredità dei beni allodiali, così doveva perdere ogni diritto all'eredità del feudo, salvo che l'autore lo avesse perdonato, chiamandolo all'eredità dei beni allodiali.

**96.** Come nel diritto civile, così ancora nel diritto feudale penetrò la rappresentanza. I *Libri feudorum* l'ammettono nella linea retta in infinito (6); nella linea collaterale solo per i figli del premorto fratello (7). Non la medesima cosa può dirsi per quei diritti che ammettevano la preferenza del primogenito, poichè per questi si questionava se, premorendo il primogenito, dovesse venire alla successione il figlio da lui nato, ovvero il secondogenito. In Normandia, nei primi tempi, il nato del primogenito premorto veniva escluso dal secondogenito; poscia si ritenne che per diritto di rappresentanza il nato del primogenito dovesse preferirsi (8). In Inghilterra, ai tempi di Glanville, gli scrittori e la giurisprudenza erano discordi, e Glanville stesso dà la preferenza al figlio del primogenito premorto, solo nel caso che il primogenito, prima di morire, fosse stato dal padre ammesso a prestare l'omaggio al signore (9). Ma, come scorgesi, in tale ipotesi il figlio del premorto primogenito veniva alla successione non per diritto di rappresentanza, ma perchè già il padre di lui aveva acquistato diritto al feudo, diritto che, morendo, trasmetteva a suo figlio. Nel regno di Napoli poi, dove anche seguivasi il sistema della primogenitura, quantunque non mancassero feudi nei quali erano chiamati tutti i figli del defunto, il principio della rappresentanza fu ammesso largamente in infinito nella linea retta, e nella collaterale solo pei figli del defunto fratello, e la costituzione che della rappresentanza si occupa non fa distinzione tra successione ai feudi costituiti secondo il diritto langobardo, alla quale erano chiamati tutti i figli, e successione ai feudi costituiti secondo il diritto franco, alla quale era chiamato solo il primogenito (10).

**97.** Originariamente i feudi si trasmettevano solo ai figli, come ne è dato rilevare dalle prime concessioni e dal capitolare di Kersy, e, poichè erano anche esclusi gli ascendenti, così l'unico ordine successorio era quello dei discendenti. Corrado il salico ammise anche i fratelli; poscia furono ammessi i cugini, poi anche i collaterali fino al 4° e poi al 7° grado, e finalmente tutti i collaterali in infinito (11). Così nel diritto successorio feudale gli ordini successorii furono quello dei discendenti e quello dei collaterali, quest'ultimo in limiti più o meno ristretti, secondo le varie legislazioni.

I. Originariamente, quando moriva l'investito di un feudo, il concedente soleva riconfermarlo ad un solo dei figli (12), che per lo più era il primogenito. Di qui si originò il principio della primogenitura, che regolava la successione feudale in molti paesi.

Nel regno italico ed in generale nell'Italia langobarda furono a poco a poco adottati per la successione feudale i principii del diritto langobardo, e quindi vennero chiamati tutti i figli del feudatario, sicchè i maschi escludevano le femmine, le quali anzi venivano escluse da tutti i parenti successibili maschi. Solo quando il feudo era femminile, quando cioè nel contratto feudale si era pattuito che le donne potessero succedere, le figlie succedevano, ma sempre in mancanza di figli (13), con i quali concorrevano solamente se nel contratto era apposta la clausola: *ut in eo succedant feminae sicut masculi* (14). Si questionava poi se il feudo della madre potesse andare alle figlie, in mancanza di maschi, ancorchè non vi fosse stato patto espresso in favore delle donne, e gli scrittori e la giurisprudenza si pronunziarono ora per l'affermativa, ora per la negativa (15).

Per i libri feudali adunque la esclusione delle donne era assoluta: solo il patto espresso poteva rimediare a tanto rigorismo. Questo però mano mano si andò mitigando, in forza di nuove leggi. Nel regno di Sicilia una costituzione di Federico II chiamò le figlie, in man-

(1) *LL. F.*, II, 26, 4.
(2) *LL. F.*, II, 26, 5; 29.
(3) *LL. F.*, II, 26, 4.
(4) *LL. F.*, II, 55, 2.
(5) Arg. *Heinrici I*, 2; Cf. Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, 265.
(6) *LL. F.*, I, 8.
(7) *LL. F.*, II, 11.
(8) *Ancien coûtume de Normandie*, 25.
(9) Glanville, op. cit., VII, 3, § 8.
(10) *Const. Regni Sicil.*, 23, 24.
(11) *LL. F.*, I, 1, 4; II, 11.
(12) *Auct. vet. de ben.*, I, 73: *Sachsensp.*, 29, 2, 4; *Richtsb. Lehnr.*, 22, 6.
(13) *LL. F.*, I, 6, 1, 8, 1; II, 17, 51, 3; *Cons. Med.*, 23.
(14) *LL. F.*, II, 104, 1.
(15) *LL. F.*, II, 30,

canza di maschi, e dispose che, nella coesistenza di questi, quelle avessero una dote di paraggio, una dote cioè proporzionata al patrimonio del genitore (1). Il medesimo principio venne mano mano adottato in Francia, in Inghilterra ed altrove.

Nella successione dei discendenti bisogna distinguere, come già si è detto, i feudi costituiti *iure Langobardorum* ed i feudi costituiti *iure Francorum*. Nei primi erano chiamati tutti i figli maschi del defunto egualmente, e mancando i figli, per la disposizione ricordata di Federico II, succedevano le figlie. La costituzione però faceva distinzione tra nubili e maritate e dotate, e disponeva che le prime escludessero le seconde (2). Tale distinzione fu dettata da due cause, l'influenza cioè del diritto langobardo, e l'interesse di impedire che i feudi andassero nelle mani di nemici od almeno di persone non gradite al re, cosa che non poteva avvenire per mezzo delle nubili, le quali, trovandosi sotto il baliato regio (3), non potevano scegliere in isposo che una persona gradita al sovrano, abbisognando il consenso di lui.

Nei feudi poi costituiti *iure Francorum*, le costituzioni sicule chiamano a succedere il primogenito soltanto; e poichè era stato ammesso il principio che le figlie succedessero in mancanza di figli. Così mancando maschi, la sorella primogenita escludeva le altre (4), le quali però avevano diritto ad essere regolarmente dotate, come le sorelle escluse dai fratelli, il che ne è dato desumere dalle stesse costituzioni sicule.

In altri luoghi però, dove ancora vigeva il principio della primogenitura, e dove le figlie erano chiamate in mancanza di figli, mentre tra questi il primogenito era preferito, quelle succedevano tutte egualmente. Però di fronte al signore e per la prestazione del servizio la sola primogenita, e per essa il marito, restava direttamente obbligata; ed è perciò che alla primogenita veniva riconosciuto il diritto di avere il principale castello. Le altre sorelle quindi prestavano i servizii dovuti per mezzo del marito della prima; e gli eredi loro dovevano prestare all'erede della primogenita omaggio ed un relevio in una misura determinata (5).

Non mancava però qualche feudo, nel quale la successione delle donne era sempre esclusa, ed in Francia, dove il principio contrario era stato universalmente accettato, restò solo il Ducato di Francia, al quale non potevano succedere che i soli maschi, mai le donne (6).

Come le figlie escluse dai maschi dovevano essere regolarmente e proporzionatamente dotate, così ancora nei feudi costituiti a primogenitura i cadetti, esclusi dal primogenito, avevano diritto ad un decoroso e conveniente sostentamento, il quale restava a carico del primogenito. Questo sostentamento si disse *vita* o *militia*. Intorno al suo carattere ed alla sua misura gli scrittori di cose feudali non sono stati d'accordo.

Quanto al suo carattere molti han sostenuto fosse personale, perchè cessava con la morte di colui che vi aveva diritto; altri l'han ritenuto invece come un diritto reale gravante sui feudi a primogenitura in favore dei cadetti, e quest'ultima opinione sostenuta dai giuristi napolitani venne accolta dal legislatore (7). Quanto alla sua misura le opinioni furono dapprima discrepanti, ma poscia fu accolta generalmente quella di Andrea d'Isernia, che sostenne doversi tale misura determinare nell'usufrutto della legittima del diritto romano (8).

**98.** II. In mancanza di discendenti, succedevano i collaterali, e primi tra questi i fratelli, i quali escludevano le sorelle. Ed anche quanto alla successione collaterale bisogna distinguere i feudi langobardi dai franchi. Nei primi succedevano tutti i fratelli, nei secondi il primogenito di essi, con esclusione degli altri.

Prima però di procedere oltre, è uopo osservare che la successione dei collaterali era possibile solamente nei feudi antichi, non nei nuovi, nei quali, salvo patto espresso in contrario succedevano solo i discendenti. Così ad esempio, se un fratello veniva investito di un feudo, e moriva senza lasciare figli, il feudo non andava ai fratelli, ma ritornava al signore. E per la medesima ragione se più fratelli avevano ricevuta l'investitura di un feudo, ed uno premoriva senza discendenti, la sua quota non agli altri fratelli si accresceva, ma ritornava al signore (9).

Da ciò venne il principio che i collaterali non potessero venire all'eredità di un feudo se non discendevano da colui che prima ne era stato investito (10). Così ad esempio se Tizio era stato investito di un feudo, ed il suo nipote ex filio moriva senza discendenti, potevano succedere i fratelli del defunto, in loro mancanza anche gli zii paterni, ed in mancanza i cugini, figli di questi zii, ma mai i cugini più lontani, quelli cioè nati da un figlio del fratello di Tizio, primo investito, appunto perchè essi non discendevano direttamente da Tizio, ma dal padre di questo Tizio. Però a questo principio rigoroso si rimediò con una finzione giuridica, mirante ad evitare questioni e lunghe ricerche, e con la quale si riteneva che il primo investito fosse sconosciuto.

Nella linea collaterale venivano prima i fratelli, i quali concorrevano tutti nei feudi retti a diritto langobardo; succedeva il solo primogenito nei feudi retti a diritto franco (11). I fratelli escludevano le sorelle, le quali secondo i libri feudali non potevano mai succedere (12). Nel Napolitano Federico II ammise le sorelle alla successione feudale dei fratelli, con la preferenza delle nubili sulle maritate e dotate, e nei feudi franchi con la esclusione delle secondogenite (13). Anche altrove le sorelle succedevano in mancanza di fratelli, ma a differenza dei fratelli, esse dividevano egualmente i beni feudali, osservandosi quanto si è sopra detto a proposito delle figlie nei paesi dove la regola era la preferenza del primogenito (14).

La questione sorta nel Napolitano, se cioè, oltre ai fratelli e le sorelle, potesse per le costituzioni sicule succedere lo zio paterno, fece sì che i concedenti di un feudo nel contratto pattuissero che nel feudo potessero succedere solo gli eredi *ex corpore legitimo descendentes*, formola che, se escludeva lo zio, escludeva anche i fra-

(1) *Constit. Sic.*, III, 26.
(2) *Const. Sic.*, III, 27.
(3) *Const. Sic.*, III, 26.
(4) *Const. Sic.*, III, 26, 27.
(5) Glanville, op. cit., 3, § 2, 4, 5; *Coutume de Normandie*, c. 128 e *Grand Coûtumier de Normandie*, 248.
(6) Montesquieu, *Esprit des lois*, XXXI, 33.
(7) *Capit. reg. Roberti* 1326.
(8) And. d'Isernia, *Comm. ad Const. in aliquibus* (III, 26). Afflitto, *Comm. ad Const. Camit. et Barauil.* (III, 25).
(9) *LL. F.*, I, 1, 2, 8, 1, 14, 2, 20; II, 11, 12, 18.
(10) *Ancien Coûtume de Normandie*, 25; Stephen, I, 179; Blackstone, I, 14.
(11) *Const. Sic.*, III, 26, 27; per la Sicilia Cf. *Capit. Giacom.*, 33; *Capit. Frider.*, III, 30.
(12) *LL. F.*, I, 6, 1, 8, 1, 24; II, 17, 54, 3, 104, 1.
(13) *Const. Sic.*, III, 27.
(14) Glanville, op. cit., VII, 4.

telli, che per certo non discendevano dal corpo del fratello. Questo uso dispiacque ai baroni, i quali strepitarono ed ottennero da Carlo II di Angiò, che quella formola non avesse forza di escludere i fratelli e le sorelle (1). La legislazione angioina è notevole per la così detta *prammatica filangiera*, in forza della quale Giovanna II ammise alla successione del fratello la sorella maritata benchè dotata, sempre però che la dote non le fosse stata costituita dal fratello. Questa disposizione però riguardava solo la successione nei feudi a primogenitura, chè per la successione delle sorelle nei feudi a diritto langobardo Giovanna II confermò il principio che le maritate e dotate dal padre o fratello fossero escluse dalla successione feudale di quest'ultimo (2).

Dopo i fratelli e le sorelle venivano per diritto comune feudale gli altri collaterali successibili, osservandosi sempre le medesime norme (3).

Ma la successione dei collaterali, se era larghissima per i libri feudali, per qualche legge era esclusa in modo da non essere ammessi neppure i fratelli (4); per qualche altra si arrestava ad un grado molto prossimo al defunto, come per le costituzioni sicule, per le quali si è lungamente disputato fra gli scrittori se in questa linea avessero diritto successorio solo i fratelli e le sorelle, od anche gli zii del defunto (5). Ed il diritto successorio dello zio fu riconosciuto espressamente solo nel 1535 per grazia chiesta e concessa da Carlo V, il quale ammise anche i cugini nati dal fratello del padre del defunto, sempre che però discendessero dal primo investito. Indi nel 1648 la successione feudale fu nel Napolitano estesa fino al quarto grado e nel 1720 fino al quinto (6).

**99.** Di successioni speciali non è il caso parlare a proposito del diritto successorio feudale. E quei casi che potrebbero apparire come tali, sono effetto della natura del contratto feudale. Così se il padre faceva investire dal signore del feudo di lui i figli, questi non succedevano al padre vivente, il quale aveva rinunziato al feudo, ma acquistavano questo in forza della investitura del signore. Che se il feudo non consideravasi come nuovo (7), ciò era per consuetudine invalsa, e quasi come un patto tacito tra il signore, il padre che rinunziava ed i figli che venivano investiti.

Nè altro caso di successione speciale era quello in cui il secondogenito, investito dal padre di un feudo, premorendo al primogenito, costui aveva per successore il terzogenito (8); tutto ciò naturalmente nei paesi dove la regola era costituita dai feudi a primogenitura. In questo caso il padre s'era già spogliato del feudo in favore del secondogenito, riservandosi il diritto di signore concedente, diritto che passava al primogenito, cui non andava il feudo pel principio che uno non potesse essere nel contempo signore e vassallo di un medesimo feudo.

Successione tra coniugi non era concepibile nel diritto feudale, e se qualche volta il marito acquistava il feudo della moglie premorta, ciò avveniva solo perchè egli era stato investito del feudo della moglie, naturalmente col consenso di questa (9). Similmente se la donna si aveva, alla morte del marito, il feudo costituitole in dotario, ciò avveniva in forza della donazione avvenuta. È però bene notare che ella di questo feudo non diveniva mai proprietaria, ma ne aveva il semplice usufrutto sua vita durante, e, passando a seconde nozze, non poteva portarlo in dote al secondo marito (10). Una successione speciale od anticipata era quella che si apriva, quando il vassallo, per una delle cause contemplate dal diritto feudale, perdeva il feudo (11), e in tale ipotesi questo si acquistava dagli eredi, ovvero ritornava al signore, secondo la natura della colpa imputabile al vassallo, mentre nei casi di comprovata incapacità il feudo passava agli eredi successibili (12).

Mancando eredi, il feudo ritornava al signore, il quale però poteva investirne uno degli esclusi (13).

**100.** Come per diritto germanico, così per diritto feudale l'erede si trovava alla morte dell'autore di diritto nel possesso del feudo. Ciò avveniva perchè, essendo i feudi ereditarii concessi con la formola *tibi et tuis heredibus*, gli eredi avevano un diritto di aspettativa, che si realizzava al momento della morte del loro autore (14).

Però l'erede doveva riconoscere l'alto dominio del signore, e ciò faceva sia domandando la investitura e prestando il giuramento tra l'anno ed un giorno dalla morte del suo autore (15), sia ancora facendo le prestazioni dovute al signore (16). A queste prestazioni con l'andare del tempo si sostituì il cosidetto *laudemio* o *relevio* (17), del quale però non è cenno nei libri feudali. Esso consisteva prima in una prestazione simbolica (18), poscia in una prestazione reale, che equivale ad un decimo o ventesimo del valore del feudo, ovvero al valore della rendita data dal feudo per un anno o al valore della metà di essa (19).

L'erede poteva rifiutare l'eredità feudale, e questo rifiuto non ritenevasi come offesa, pel diverso carattere che avevano la proprietà libera fondiaria e la proprietà feudale. Però v'era una differenza tra i figli del defunto e gli agnati collaterali; i primi invero non potevano rifiutare i beni feudali del padre, e accettare la eredità solo pei beni burgensatici; i secondi invece potevano rifiutare l'eredità in questi ultimi ed accettarla per i beni feudali (20). Nè ciò deve far meraviglia; i beni feudali ed i beni allodiali formavano due patrimonii distinti, regolati da norme diverse, ed i quali si trasmettevano secondo regole diverse anch'esse; era quindi naturalissimo che la legislazione feudale ponesse una distinzione tra i due patrimoni e tra la successione all'uno e quella all'altro. E da quanto innanzi si è detto, intorno alla capacità di succedere nei feudi, si è

(1) *Capit. Carol. II, Considerantes.*

(2) *Pragm. Iohannae*, II.

(3) *LL. F.*, I, 1, 4; II, 11; Glanville, loc. cit.

(4) *Sachsemp. Lehnr.*, 6, 2; 21, 3; Cf. Homeyer, *System de Lehnrechts*, p. 450-52.

(5) Cf. Abignente, op. cit.; Andrea d'Isernia, *Comm. ad Const. Ut de successionibus* (III, 27).

(6) Cf. Grimaldi, *Storia delle leggi del regno di Napoli*, VI, 198; XI, 70; Abignente, op. cit., XII.

(7) *LL. F.*, II, 14.

(8) Glanville, op. cit., VII, 1, §§ 9, 10, 11.

(9) *LL. F.*, I, 15; II, 85.

(10) *Const. Sic.*, III. 16; *Capit. Carol. II*, 23, 24.

(11) *LL. F.*, I, 5, 21, 22; II, 21, 26, 27, 75, 81, 105, ecc.; Cf. Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, p. 260-61.

(12) *LL. F.*, II, 24, 26, § 5.

(13) *LL. F.*, I, 24; II, 31; *Const. Sic.*, III, 26, 27.

(14) *Sachs. Lehnr.*, 6, 1; *Richtst. Lehnr.*, 22, 5; Cf. Walter, op. cit., § 606.

(15) *LL. F.*, I, 22; II, 24, 26, 4, 5.

(16) *Capit. Conrad.* in Pertz, *Leg.*, II.

(17) *Const. Sic.*, III, 22; *Leg. Gulielmi Conq.*, 22-24.

(18) *Sachsemp.*, I, 22, 4; *Capit. Conradi*; Homeyer, *Lehnr.*, II, 475.

(19) *Ordonn. de S. Louis*, 85; Homeyer, cit; Bianchini, *Storia delle finanze del Regno di Napoli*, p. 125, 286.

(20) *LL. F.*

visto come gl'incapaci a succedere in questi potessero essere capaci a succedere nei beni allodiali o burgensatici. Che poi i figli non potessero accettare l'una eredità e rifiutare l'altra, si spiega dal considerare i vincoli più stretti di questi con il defunto, e l'obbligo loro di soddisfare a tutti gl'impegni presi dal genitore sul patrimonio allodiale. Il non accettare quindi la eredità libera del padre li rendeva indegni di succedere nei beni feudali. Non la medesima cosa può dirsi dei collaterali, i quali avevano dalla prima investitura, fatta a colui dal quale discendevano insieme al defunto, acquistato un diritto di aspettativa sul feudo, mentre all'epoca, in cui i libri feudali furono compilati, quel forte vincolo di famiglia che nel diritto germanico è osservato, erasi andato rallentando, e i principii del diritto romano eransi già innestati a quelli del diritto germanico in materia di successione.

Gli stessi principii regolavano la successione, se l'erede era un minore. Però siccome costui non era nello stato di prestare e il servizio militare e gli altri annessi al feudo, così ne veniva ch'egli non fosse obbligato a prestare il giuramento di fedeltà ed omaggio e chiedere l'investitura tra l'anno ed il giorno dalla morte del suo autore (1). Per lui questo termine correva dalla maggiore età, determinata ai 12 (2), 14 (3) o 15 anni (4). Poteva però il suo tutore o balio presentarlo al signore e chiedere l'investitura (5); però il minore non acquistava il possesso materiale e sicuro del feudo, ma un diritto certo allo stesso, diritto che si traduceva in atto alla maggiore età, non potendo prima prestare il servizio militare (6).

**101.** Quanto ai debiti del defunto, gli eredi non erano tenuti pagarli sui beni feudali, per i principii stessi che regolavano le proprietà feudale ed in forza dei quali il vassallo non poteva costituire pegno od ipoteca sul feudo senza il consenso del signore (7). Che se il signore aveva concesso al vassallo di costituire sul feudo pegno od ipoteca, allora i suoi eredi erano tenuti anche sui beni feudali pel pagamento dei debiti, per i quali il feudo era stato dato in pegno od in ipoteca.

Infine è uopo rilevare le norme che regolavano la pertinenza dei frutti del feudo, pel caso che questo per una delle cause contemplate dal diritto feudale si devolveva a signore. Il diritto feudale lombardo disponeva che gli eredi civili del vassallo avessero diritto a raccogliere tutti i frutti del feudo, se questo si devolveva dopo le calende di marzo e prima di agosto; che se invece la devoluzione avveniva prima di quelle calende o dopo il mese di agosto i frutti ancora andavano a beneficio del signore (8).

**102.** Quanto alla divisione della eredità feudale bisogna distinguere i feudi costituiti a diritto langobardo dagli altri. Nei primi si seguiva il principio della divisibilità e però tutti i figli dividevano egualmente, secondo le norme del diritto civile, e naturalmente come tutti prendevano parte al feudo, così tutti erano direttamente obbligati verso il signore per gli obblighi ed i servizii annessi ai feudi od imposti all'erede (9). È uopo però osservare che alcuni feudi non erano, neppure pel diritto feudale langobardo divisibili, ed erano questi i feudi così detti di onore e di ufficio, come i marchesati, i contadi ed i ducati; che anzi questi feudi non venivano considerati neppure come ereditarii, perchè alla morte degli investiti essi tornavano al concedente, il quale però poteva investirne uno dei figli del defunto (10). Questo principio d'indivisibilità di certi feudi sancito dai libri feudali, fu tratto dalle leggi emanate dagli imperatori alemanni per impedire lo smembramento di tali feudi.

Dove però vigeva il principio della primogenitura ivi, come già si è detto, il feudo non soffriva alcuna partizione, ma il primogenito aveva tutto il feudo, come avveniva nel regno Napolitano, in Inghilterra ed in Francia. Però in questi due ultimi luoghi, quando in mancanza di maschi erano chiamate le donne, il feudo veniva diviso tra esse, e la primogenita aveva solo diritto al principale castello (11); e ciò perchè era la primogenita che, per mezzo del suo uomo, rispondeva di fronte al signore dei servizii annessi al feudo (12). In Francia però ed anche altrove spesso il primogenito era considerato come colui al quale spettasse prestare i servizi dovuti al signore, mentre il feudo veniva diviso tra i figli, sicchè i cadetti erano considerati come vassalli del primogenito (13).

In Germania avveniva lo stesso, ed il primogenito era considerato anche ivi come il rappresentante ed il signore concedente dei suoi fratelli (14). Però s'introdusse il costume di conservare il feudo nella comunione della famiglia, ed allora, alla morte del vassallo, i figli potevano domandare ed il signore concedere l'investitura a tutti insieme, quasi fossero una sola persona (*coniuncta manu*) (15). Alla morte di uno dei fratelli, i suoi figli entravano nel suo posto; che se non lasciava figli la sua quota restava nella comunione, ma sempre uno dei fratelli rispondeva di fronte al signore del servizio dovuto (16). In tal modo i collaterali, che per diritto feudale tedesco erano esclusi, venivano ammessi, poichè morendo uno dei fratelli, senza discendenti, la sua quota andava alla comunità e cioè agli altri fratelli.

Il principio della comunità di famiglia nei beni feudali venne applicato pure nella successione ai feudi regii od imperiali, i quali erano indivisibili, in modo che, mentre il feudo restava indiviso, tutti i figli ne godessero. La comunione però poteva cessare quanto all'usufrutto, dovendo necessariamente restare quanto al possesso e di fronte al signore, per i servizii dovuti (17).

Nei feudi retti a diritto langobardo, tutti coloro i quali erano esclusi per incapacità dovevano essere convenientemente alimentati dagli eredi (18) e, si è visto come nei feudi costituiti a primogenitura il maggiore dovesse assicurare la vita o milizia ai cadetti, e dare alle sorelle la dote di paraggio, obbligo quest'ultimo che incombeva anche ai fratelli chiamati alla successione nei feudi langobardi (19).

(1) *LL. F.*, I, 22; II, 24, 26, 4, 5; *Const. Sic.*, III, 30.
(2) *Sachsemp.*, II, 71, 3; *Keyserrecht*, II, 9.
(3) *LL. F.*, II, 55, 2.
(4) *Assise di Gerusalemme*, 170.
(5) *Sachs. Lehnrecht*, 26, 1, 2, 5; Cf. Homeyer, op. cit., 478-80.
(6) *Sachs. Lehnrecht*, 26, 2, 6, 58, 1; *Richtst. Lehnr.*, 24, 2.
(7) *LL. F.*, I, 5.
(8) *LL. F.*, II, 28.
(9) *LL. F*, I, 22; II, 24, 26, 45. Mon. stor. delle Rom., *Stat. Bon.*, VIII, 9.
(10) *LL. F.* I, 14.
(11) Glanville, op. cit., VII, 3, 2, 4.
(12) Glanville, op. cit., VII, 3, 5; *Coût. de Normandie*, 128.
(13) *Assis. di Gerusal.*, 72; Laferrière, *Hist. du droit franc.*, VI, 450.
(14) *Schwab. Lehnr.*, 49, 57; *Richtst. Lehnr.*, 24, 2; *Keyserrecht*, III, 23.
(15) Cf. Homeyer, op. cit., 327, 457-67.
(16) *Sachs. Lehnr.*, 32, 1, 2, 8, 2; *Schwab. Lehnr.*, 57.
(17) Cf. Homeyer, op. cit., p. 466-67; Walter, op. cit, § 609.
(18) *LL. F.*, I, 6, 1.
(19) *Const. Sic.*, III, 17, 26; Cf. Ciccaglione, *I patti nuziali nelle provincie napolitane*, 1881, c. 3.

§ 2. — *Della successione dei dipendenti.*

**103.** Il fondamento giuridico del diritto successorio dei dipendenti si riscontra nella condizione giuridica loro. Varie erano le categorie dei dipendenti, a cominciare dai ministeriali e dagli uomini di masnada ai villani servi, nè io posso qui trattare di queste categorie, e rimando i lettori ad altro mio lavoro, nel quale a lungo ho discorso di esse (1). Però tutti i dipendenti, a qualunque gradazione essi appartenessero, erano ligati al padrone o signore da due vincoli, personale l'uno, reale l'altro. Il primo poteva essere servile, ovvero di fedeltà ed omaggio, o semplicemente tale da imporre ai dipendenti alcuni servizii personali, e quest'ultimo poteva cessare coll'abbandono del fondo del signore; il rapporto reale può dirsi quasi identico per tutti i dipendenti, poichè esso dipendeva dalla concessione del fondo, e si esplicava in prestazioni reali, in riconoscimento del diritto del signore, e in alcuni diritti venienti al signore dalla sua qualità di concedente.

Se adunque il rapporto reale era simile a quello che correva tra signore e vassallo, con questa differenza che il primo si originava da una concessione ignobile, il secondo da una investitura nobile, il fondamento del diritto successorio ai beni dei dipendenti doveva essere ed era simile a quello del diritto successorio ai beni del vassallo o feudatario. La somiglianza poi del fondamento giuridico doveva far sì che le norme regolanti l'una e l'altra successione si avvicinassero fra loro. Per ora basti qui il rilevare che come il vassallo non poteva disporre per testamento del feudo, così ancora non potevano disporre dei beni concessi e il ministeriale, e il villano servo e il villano libero. Però anche i villani potevano disporre per atto di ultima volontà dei loro beni allodiali od acquisiti (2).

**104.** Tra i dipendenti originariamente il primo posto era occupato dai liberi proprietarii sottoposti a servizio. Ora quanto a costoro, la successione, se il servizio non era dovuto per terre ottenute dal signore, si regolava secondo le consuetudini del feudo o della corte del signore, consuetudini tradotte per lo più in iscritto. Ma può dirsi che queste consuetudini nella loro essenza si originassero dal diritto civile dell'epoca.

Quando poi questi uomini liberi possedevano corti o terre del signore, allora per questi beni la successione si regolava secondo principii che sono un misto di diritto civile e feudale. Così, mentre si aveva la preferenza dei maschi sulle donne, si avevano ancora il diritto della vedova ad un usufrutto vitalizio; il diritto nei parenti più prossimi della donna, in mancanza di figli, a succedere nei beni da questa portati in dote; il diritto del coniuge superstite ai beni della comunione (3). La corte andava al solo primogenito (4), ovvero all'ultimo nato (5), o a quel figlio che il signore preferiva (6); ed, in mancanza di figli, alla figlia primogenita od ultima nata (7); ed, in mancanza anche di figlie, al più prossimo parente del lato dal quale la corte proveniva (8). Qualche volta a questo parente era preferito il coniuge superstite (9), ovvero i beni concessi ritornavano al signore (10). Nella coesistenza di figli e di figlie, queste avevano i beni mobili, non le cose guerresche, le quali restavano all'erede maschio, ed, in mancanza di figli, si lucravano dagli agnati (11).

Queste norme per lo più si applicavano alla successione dei liberi villani o coltivatori nelle terre loro date a coltivare, come vedrassi or ora.

A questi liberi, e lo si è detto, era data facoltà di disporre per testamento dei beni liberi da loro acquistati (12). Quanto poi ai beni, loro concessi, eglino potevano, durante la loro vita, assegnarli ad altri, particolarmente ad un figlio, riserbandosi gli alimenti o l'usufrutto loro vita durante (13), ma non potevano disporne per atto di ultima volontà (14), proibizione che coll'andare del tempo andò a cadere (15).

**105.** Tra i dipendenti occupavano un posto importante i ministeriali, della cui origine e della cui condizione io ho già discorso in altro lavoro (16). Poichè questi ministeriali ricovrivano le cariche della corte del signore, la loro condizione si andò sempre più elevando, ed essi ebbero concessi feudi, i quali però per diversi punti si distinguevano dagli altri (17).

Originariamente i feudi dei ministeriali non furono ereditarii, e questo principio restò in vigore in alcune corti; altrove invece la ereditarietà fu proclamata (18), ma la successione era limitata, ed il feudo andava ad un solo dei figli, per lo più al primogenito, in quei paesi dove vigeva il sistema della primogenitura (19), con esclusione delle figlie; e dove era ammessa anche la successione degli altri parenti, con la esclusione dei parenti del lato femminile (20). Ma a poco a poco si ammisero, in mancanza di maschi, anche le figlie ed i parenti del lato femminile (21). I ministeriali, dicevamo, ricovrivano un ufficio nella corte del signore, ed in quest'ufficio, reso col tempo anch'esso ereditario, succedeva uno dei figli soltanto, per lo più il primogenito, con esclusione delle donne (22).

Coll'andare del tempo, i ministeriali addivennero potentissimi, e si misero in tale posizione da lottare contro i proprii signori; allora essi diventarono nobili, e, specialmente in Italia, presero il nome di uomini di masnada; delle norme quasi costanti si formarono circa la successione ai feudi ministeriali, norme che si accostavano a quelle regolanti la successione nei feudi retti, senza che però scomparissero tutte le distinzioni che correvano tra questi ed i feudi ministeriali (23).

I ministeriali poi, specialmente dopo che furono addi-

(1) *Feudalità*, n. 209 a 224.
(2) *Const. Sic.*, III, 10.
(3) Burchardi, *Worm. statuta*, 1.
(4) *Hofsrecht z. Laen*, 50.
(5) *Hofsrecht von Ryner*, 5.
(6) *Hofsrecht z. Eikel*, 19, 20.
(7) *Hofsrecht von Ryner*, 3, 4, 5.
(8) Burchardi, *Worm. statuta*, 1, 4.
(9) *Hoebsrecht von Essen*, 1.
(10) *Rechte der Zinsleute zu Weingarten*, 4.
(11) *Hofsrecht z. Stockum*, 2; *Hofsrecht von Pantaleon.*
(12) *Const. Sic.*, III, 10.
(13) *Hofsrecht v. Essen*, 8; *d. Hünnighofes*, 3; *z. Stockum*, 1; *z. Loen*, 69-70.
(14) Burchardi, *Worm. statuta*, 11; *Hofsrecht z. Loen*, 44; *z. Essen*, 22.
(15) *Schwabensp.*, 155, 6.
(16) *Feudalità*, n. 210, 211.
(17) Liruti, *De servis m. aevi in Forojulio* (Symbolae letterariae, Roma 1772); Furth, *Die Ministerialen*, Cöln 1836.
(18) *Iura Minist. colon.*, § 12; *Iust. Minist. baberg.*, § 4; *Rot. off. hanoien.*, § 48.
(19) *Chartolar. d. Belloloco*, 50; *Iura Minist. colon.*, cit.
(20) *Iust. Minist. baberg.*, cit.; *Friderici I dipl.*, a. 1157 in Böhmer, *Reg.*, n. 2367.
(21) *Leg. feud. Teclenb.*, 9; *Recht. d. dynstmanne z. Magdeburg*, § 4; *Iura minist. colon.*, 12.
(22) Cf. Walter, op. cit., § 222, note 12-15.
(23) Cf. Ciccaglione, *Feudalità*, loc. cit.

venuti liberi (1), potevano acquistare e possedere beni proprii e la successione in questi beni veniva regolata dal diritto comune del luogo, a cui i ministeriali appartenevano (2).

**106.** Il più grande numero dei dipendenti era costituito dai villani, i quali potevano essere liberi o servi; la cui condizione, tolti alcuni punti differenziali, era quasi consimile (3); sicchè le norme che regolavano la successione ai beni concessi agli uni ed agli altri erano simili, specialmente quando, per le continue manomissioni che i signori facevano nel loro stesso interesse, la classe dei villani di condizione servile si andò sempre più assottigliando.

Distinguevasi il patrimonio concesso dal signore dal patrimonio acquistato dal villano medesimo. Quanto al primo succedevano per lo più solamente i figli, ed in mancanza di figli, e in alcuni luoghi degli altri parenti chiamati, esso tornava al signore (4). Quanto al secondo il villano poteva disporne anche con atti di ultima volontà (5), ed in mancanza di testamento o di donazione a causa di morte, la successione si regolava nell'istessa guisa che quella ai beni concessi dal signore (6), od anche secondo il diritto civile locale (7).

Però gli eredi dovevano riscattare quasi i beni tributarii che loro venivano dalla successione, mercè il pagamento di una prestazione, che si disse *mortuario* (8) o *relevio* (9) ed in Ispagna *luctuosa* e *mincion* (10). Una simile prestazione all'atto della investitura era dovuta anche dai ministeriali, ed essa si disse *laudemio* (11), e coll'andare del tempo fu imposta, e lo si è già visto, anche agli eredi nei feudi retti.

Non bisogna intanto confondere questa prestazione con il diritto che aveva il signore di prendere la cosa migliore (cavallo od altro animale, o la migliore veste) quando moriva il suo dipendente (12). Ed io credo, contro l'opinione del Sampère (13) che il *mincion*, di cui parla il *fuero* di Castiglia, non sia che il diritto del signore ad avere la cosa migliore del suo dipendente (14), e contro la opinione del Pertile (15), che le prestazioni di armi e cavalli al signore, alla morte del suo vassallo, e di cui parlano alcune leggi, originariamente fossero dovute pel diritto del signore alle cose mobili migliori del vassallo, e che solo in prosieguo, quando il relevio fu imposto anche ai feudatarii, quelle prestazioni presero esse ancora il nome di *relevio* (16).

Infine quanto alla successione dei dipendenti è da osservare che il diritto successorio non si aveva da coloro che erano fuori la potestà del signore, per l'istesso principio dal quale si originò la proibizione ai villani di alienare i loro beni a persone estranee al territorio dipendente dal signore (17).

Prima di chiudere questo paragrafo è uopo far cenno ad un' istituzione introdottasi lentamente tra i dipendenti coltivatori, e la quale influì a trasformare i principii del diritto successorio innanzi esposti. Intendo parlare delle comunità o consociazioni che si andarono costituendo tra i villani, sia per impedire che la proprietà si frazionasse, sia per riparare all'ingiustizia delle leggi che davano la preferenza al primogenito, sia per poter più facilmente sopportare i pesi imposti loro dalla loro condizione. In queste associazioni, regolarmente costituite con un capo (*capaccio*) che rappresentava ed agiva per la consociazione, non vi era vero diritto ereditario; i figli prendevano il posto del loro genitore, nella comunità, le donne si maritavano ordinariamente a uomini della stessa consociazione; che se uno usciva da questa, perdeva ogni diritto ai beni della comunità (18).

## Capitolo IV. — Diritto Canonico.

**107.** Le norme che regolano la successione nel diritto canonico hanno principalmente riguardo alla proprietà ecclesiastica ed alle persone degli ecclesiastici, e di esse quindi è più opportuno discorrere in un trattato sulla proprietà e sugli enti ecclesiastici. Però, nel diritto canonico, si ritrovano dei principii, i quali ebbero influenza sulle legislazioni civili; e d'altra parte il diritto medesimo non manca di occuparsi delle successioni ordinarie, in quanto esse possono avere rapporti con la Chiesa. Io quindi, in questo capitolo, farò un breve cenno dei principii del diritto ecclesiastico sulla materia, fermandomi un po' più a lungo su quei punti che hanno più intimo rapporto con la successione, diciamola pure civile.

**108.** Il fondamento giuridico su cui posa il diritto successorio ecclesiastico può fino ad un certo punto rassomigliarsi al fondamento giuridico su cui basa il diritto successorio feudale, in quanto nei beni appartenenti alla Chiesa e concessi a titolo di beneficii, e nei beni acquistati dal chierico per riguardo alla Chiesa, non era possibile la successione degli eredi legittimi del chierico, nè che questi potesse disporne per testamento. Alla morte dell'investito tali beni ritornavano alla Chiesa, perchè essi erano annessi all'ufficio, che certamente non potevano esercitare gli eredi civili. Questo da un lato: dall'altro le persone ecclesiastiche si consideravano come più intimamente congiunte alla Chiesa, di cui erano entrati a far parte quali ministri, sicchè, in mancanza di parenti successibili, si considerava quale erede la Chiesa, principio che passò nelle legislazioni civili, e pel quale avvenne la esclusione del fisco dalla successione nei beni delle persone ecclesiastiche.

Ma, come dicevo, nel diritto canonico si trovano ancora delle norme che han riguardo alla successione in generale, e da esse si rileva che fondamento giuridico della successione, per quel diritto, si fosse il medesimo

(1) Cf. Ciccaglione, op. cit., n. 210.
(2) Cf. Walter, op. cit., § 226 e Furth, op. cit.
(3) Cf. Ciccaglione, op. cit., n. 212 e seg.
(4) Duboin, *Raccolta delle leggi, editti*, ecc. *della R. Casa di Savoia*, XXII, 510; VI, 10; Gasquet, op. cit., II, p. 280; *Chartul. Mon. S. Petri Carton.*, p. 277, 507.
(5) *Const. Sic.*, III, 10.
(6) Ciccaglione, op. cit., n. 215.
(7) Walter, op. cit., § 226, nota 8.
(8) *Cout. d'Aoste*, II, 15; *Huill.-Breholl.*, I, 387.
(9) *Const. Sic.*, III, 22.
(10) Sampère, *Hist. del derecho espanol*, p. 145.
(11) *Leg. feud. teklembourg*, § 10; *Iust. minist. babemb.*, § 4; *Chart. de Belloloco*, 50: « Et si unus ex illis obierit, centum solidos successor qui post eum venerit ad monachos det et fidelitatem faciat ».
(12) Walter, op. cit., § 397, note 10 e 14; *Counradi II, dipl.* a. 1035.
(13) Sampère, op. e loc. cit.
(14) *Fuero di Castiglia:* « Quando muere el vasallo, quier fidalgo, ó hotro homo, ha á dar á suo sennor de los ganados que avier una cabeza de los mayores que avier, é á esto dicen *mincion* ».
(15) Pertile, op. cit., § 131 e nota 33.
(16) *Leg. Guilielmi conquest.*, 22-24.
(17) Cf. Ciccaglione, op. cit., n. 215; Walter, op. cit., § 226 e 599.
(18) Cf. Daniol, *Histoire des classes rurales*, II, c. 2; III, c. 4; Coquille, *Commentaire sur le coûtume du Nivernais*, cap. *servitus personnelles;* Dareste, *Histoire de la classe agricole*, c. 3: Delisle, *La classe agricole en Normandie*, intr. e c. 2: Gasquet, op. cit., II, 296, seg.; Pertile, op. cit., III, 153-154.

che nel diritto romano giustinianeo, donde l'influenza esercitata dalla Chiesa a migliorare la condizione delle donne, a far ammettere la rappresentanza, ad introdurre le donazioni a causa di morte col carattere romano, ad allargare sempre più l'uso dei testamenti. Però, quanto al testamento, la Chiesa, per la necessità stessa delle cose, originata dal carattere del diritto successorio nelle legislazioni germaniche, si allontanò dalle norme del diritto romano; sia da quelle che ne regolavano le forme, sia da quelle che il contenuto, ed accogliendo il nuovo istituto degli esecutori testamentarii, lo disciplinò. E poichè era specialmente mercè la successione testata che la Chiesa poteva economicamente avvantaggiarsi, la legislazione ecclesiastica principalmente tale successione ebbe di mira; ed influì fino al punto non solo di far sancire dalle legislazioni germaniche il diritto dei cittadini di disporre per atto di ultima volontà di una parte delle loro sostanze a favore dei luoghi pii, ma anche di far in alcuni luoghi ritenere come una quasi essenzialità dei testamenti una disposizione a favore della Chiesa, donde la competenza dei tribunali ecclesiastici nelle controversie intorno ai testamenti.

**109.** Quanto alla successione intestata bisogna distinguere i beni acquistati dalle persone ecclesiastiche per successione, per donazione, per lavoro, acquistati insomma *intuitu personae*, da quelli acquistati in qualità di ecclesiastici. Dei primi si poteva disporre liberamente, e, morendo l'ecclesiastico intestato, se ne regolava la successione secondo le norme del diritto locale (1). Solo mancando eredi successibili, od essendo gli eredi incapaci, come ad esempio se eretici, succedeva la Chiesa e non il Fisco (2). Dei secondi invece non poteva l'ecclesiastico in alcun modo disporre (3), e, morendo egli intestato, restavano alla Chiesa a cui favore si ritenevano acquistati (4). Che se vi era confusione tra gli uni e gli altri beni, perchè acquistati in parte con mezzi della Chiesa, in parte con mezzi proprii della persona ecclesiastica, allora, alla morte di questa, essi si dividevano egualmente tra la Chiesa e gli eredi del defunto (5). Nelle Decretali di Gregorio IX si legge un capitolo, che ha dato luogo a dubbii, poichè in esso è disposto, riprovandosi e respingendosi le pretese de' patroni, i quali pretendevano avere l'eredità dei loro liberti entrati negli ordini ecclesiastici, che, morto intestato un presbitero, i suoi beni si dividessero in quattro parti, di cui una alla Chiesa, l'altra al vescovo, la terza ai poveri, la quarta agli eredi legittimi, ed, in mancanza di questi, al vescovo per uso della Chiesa (6). Alcuni dicono che questo capitolo aveva luogo, solo quando fosse certo che una parte dei beni appartenesse al presbitero, senza però potersi essa distinguere da quella della Chiesa, perchè se si fosse conosciuto con precisione i beni essere del presbitero, avrebbero dovuto essi acquistarsi dagli eredi del sangue, nella stessa guisa che dalla Chiesa nella certezza che i beni fossero della Chiesa. Però questa interpretazione metterebbe il testo in esame in contraddizione con altri; e pare l'interpretazione più sicura sia quella che sostiene trattarsi qui di un *ius singulare*, riguardante i presbiteri liberti, e che il capitolo abbia in prosieguo perduta ogni efficacia per l'abolizione della servitù.

A proposito della successione intestata nel diritto ecclesiastico è opportuno fare un cenno del cosidetto *ius spolii* (7), il quale, dopo le invasioni, era entrato nelle consuetudini, ed in forza del quale alla morte di un ecclesiastico le sue cose solevano essere invase od usurpate (8); che anzi gli stessi chierici solevano alla morte del vescovo esercitare un tal diritto sulle cose di lui (9), e viceversa il vescovo sui beni dei chierici da lui dipendenti morti (10). Questo diritto di spoglio spettava di diritto al sovrano, quando l'ecclesiastico moriva senza eredi, sia pel mundeburdio regio, sotto il quale erano per ordinario le chiese e le persone ecclesiastiche, sia ancora pel diritto successorio del fisco nei beni vacanti. Ora i concilii condannarono più volte la prima specie di diritto di spoglio, come quello che, mentre ledeva i diritti della Chiesa, ledeva i diritti degli eredi (11). Al secondo rinunziarono a più riprese i sovrani in beneficio della Chiesa, l'erede naturale degli ecclesiastici in mancanza di eredi del sangue o testamentarii (12).

Infine una specie di *ius spolii* esercitava anche la Chiesa stessa e per essa i pontefici romani, con questa differenza che il ricavato da tal diritto si impiegava in beneficio dei poveri e delle Chiese povere (13).

Ma coll'avanzarsi della civiltà, e mano mano che scompariva la confusione prodotta dal periodo feudale, il *ius spolii* fu completamente abolito. Questa abolizione menò ad una modificazione nei principii più innanzi esposti intorno alla successione delle persone ecclesiastiche, dappoichè scomparve la distinzione tra beni acquistati dall'ecclesiastico *intuitu personae* e beni acquistati in occasione dell'ufficio e del beneficio, o con altre parole tra peculio patrimoniale e peculio beneficiale, e tuttociò che era posseduto da un ecclesiastico, si ereditava alla sua morte dai suoi eredi legittimi, e, questi mancando, dalla Chiesa (14).

**110.** Quanto alla successione testata, salvo le modifiche che si andranno brevemente rilevando, il diritto canonico si uniformò al diritto romano, in modo che possa dirsi essere la capacità di testare e di ricevere per testamento regolata dalle norme di questo, salvo per i monaci e per le monache (15), ma di queste ci occuperemo in prosieguo.

La Chiesa, nel suo interesse principalmente, non accolse tutte le solennità di cui il diritto romano aveva circondato il testamento, e, basando il suo dettato sopra un passo della Scrittura (16), richiese per la validità del testamento che esso venisse redatto innanzi al parroco e a due o tre testimoni (17), norma che, come avrassi occasione di vedere, venne in alcuni luoghi accolta dal diritto civile. Questa disposizione di Alessandro III però aveva riguardo ai testamenti in generale; poichè, per

(1) C. 1, 2 *Decr.*, c. xii, q. 4, C. 1, 7; *Decr.*, c. xii, q. 5.
(2) C. 1, 5, *Decret.*, c. xii, q. 5; C. 1, X, iii, 27.
(3) C. 7, *Decret.*, c. xii, q. 5.
(4) C. 4, *Decret.*, c. xii, q. 5.
(5) C. 1, *Decret.*, c. xii, q. 4.
(6) C. 2, X, iii, 27.
(7) Sugenheim, *Staatsleben d. clerus in M. A.*, p. 267 seg.; Berardi, op. cit., ii, p. 340 seg.; Thomassin, *Vetus et Nova ecclesiae disciplina*, p. iii, l. ii, c. 51 e seg.
(8) C. 46, 47; *Decr.*, c. xii, q. 2.
(9) C. 43, ibid.
(10) C. 9; *Sest.*, i, 16.
(11) C. 43, 46, 47, cit.
(12) *Ott. IV Coron.*, *Aquis.* 1198; *Ott. IV Promissio*, a. 1209; *Frederici II Promissio*, 1213; *Renunciatio spoliarum*, 1216; *Confoederatio, cum princ. ecclesiast.*, 1220, 1, in Pertz, *Leg.*, i, p. 204, 217, 224, 226, 236.
(13) Phillips, *Kirchenrecht*, v, 558 e seg.
(14) Giraldi, *Expositio iur. Pontif.*, p. 306 e 315.
(15) Cf. C. 2, X, iii, 26.
(16) « In ore duorum vel trium testium stat omne verbum ».
(17) C. 10, X, iii, 26.

le disposizioni di ultima volontà *ad pias causas*, neppure la solennità suddetta era richiesta, e bastava aver espressa il testatore la propria volontà innanzi a due o tre testimoni (1). Nè la presenza dei testimoni era richiesta per dare validità alla disposizione, ma per provare la volontà del defunto, sicchè se questa, in mancanza di testimoni, poteva essere provata diversamente, aveva forza e vigore (2). Da ciò seguì che potessero validamente attestare la volontà del defunto anche le donne, e naturalmente che il testatore potesse manifestare il proposito di disporre *ad pias causas* innanzi ad esse (3).

Pel contenuto poi del testamento, il diritto canonico accolse, e lo abbiamo già detto, la consuetudine formatasi, per la quale non si riteneva più necessaria l'istituzione di erede, ed accolse e disciplinò l'istituto degli esecutori testamentarii (4), in mancanza dei quali affidò ai vescovi la cura di costringere gli eredi ad eseguire le disposizioni *ad pias causas* del defunto, minacciando ed applicando la interdizione canonica ai beni loro pervenuti dall'eredità del testatore, ai frutti ed agli emolumenti (5).

Per il resto accolse le norme del diritto romano quasi integralmente, ma, per non ripetere più volte le medesime cose, credo opportuno rimandare al capitolo seguente l'esposizione di ciò che il diritto canonico detta al riguardo, anche perchè, stante la competenza del foro ecclesiastico per le cause testamentarie, il diritto canonico ebbe sull'argomento non poca influenza sul diritto civile.

Però è bene qui rilevare una consuetudine ammessa e riconosciuta dal diritto canonico (6), per la quale il vescovo del luogo dove erano site le cose legate dal testatore aveva diritto di prelevare a suo favore una parte, che era del terzo o del quarto, secondo i luoghi, e che si disse ***portio canonica episcopalis***, ovvero anche *quarta legatorum* (7). E questa quarta il vescovo poteva prelevare anche quando il testatore gli avesse lasciata la quota, che al vescovo stesso sarebbe toccata sui legati, a meno che questi avesse accettato di accontentarsi della quota lasciatagli (8). La *portio canonica* spettava anche alla Chiesa, quando era fatto un legato al vescovo non ***intuitu personae;*** che se il legato era fatto al vescovo ed alla Chiesa, esso dividevasi egualmente tra loro (9).

Infine una importantissima disposizione del diritto canonico era quella che dava facoltà al testatore di affidare la sua ultima volontà alla fiducia di un terzo (10). L'origine di questa speciale disposizione vuolsi riscontrare in due consuetudini introdottesi nel periodo barbarico; la prima che non fosse necessaria l'istituzione di erede per la validità del testamento; la seconda la istituzione degli esecutori testamentarii. La possibilità del testamento senza la nomina dell'erede, rese possibile anche che il testatore confidasse ad un terzo il nome delle persone a cui vantaggio voleva disporre; mentre d'altra parte l'uso di affidare a persone nominate l'esecuzione del testamento, rese possibile l'uso di affidare alla disposizione di un terzo la propria ultima volontà. Quanta importanza abbia avuto questa parte del diritto canonico sullo svolgimento del diritto civile sarà veduto in prosieguo; ed anche oggi le disposizioni fiduciarie, che trovano origine proprio nel diritto germanico e nel canonico, hanno una grande importanza specie nell'odierno diritto successorio italiano.

111. Delle norme speciali, quanto alla successione nel diritto di patronato, dettano le leggi ecclesiastiche norme che trovano la loro ragion d'essere nella natura dei beneficii ecclesiastici e del diritto di patronato. Questo avevasi come indivisibile, e però se più erano gli eredi, quantunque le parti fra loro non fossero eguali, pure il diritto di patronato si trasmetteva egualmente a tutti, senza che potessero dividerlo (11). Essi quindi dovevano insieme e concordemente esercitarlo, e per evitare controversie e scandali, le decretali consigliano una convenzione tra gli eredi, in forza della quale, ad esempio, essi, si obbligassero ad esercitare tale diritto alternativamente (12). Però non era lecito agli eredi, pel caso che nella eredità fossero contenuti più diritti di patronato, convenire che a ciascuno toccasse nella divisione uno dei diritti stessi (13). Nella successione al diritto di patronato aveva luogo ancora la rappresentanza (14), e ciascun erede premorendo trasmetteva il suo diritto a successori suoi; che se egli premoriva senza successori, la sua quota ideale si acquistava dai coeredi o compatroni (15).

Queste norme regolavano la successione nei così detti patronati ereditarii. Ma i patronati potevano essere anche familiari, gentilizii e fedecommissarii.

Nei patronati familiari succedevano solo quelli della famiglia, in modo che, estinta questa, si estingueva anche il diritto di patronato (16). In Italia però il patronato familiare, per ordinario, all'estinzione della famiglia, addiveniva ereditario. Ma spesso la voce *familiare* nelle istituzioni era usata per l'altra *agnatizio*, ed allora la successione era agnatizia, cioè lineare, quantunque alcuni credano il patronato fosse in tal caso familiare-collegiale, e cioè esercitato da tutti i successori per capi del medesimo grado.

Nei patronati agnatizii, propriamente detti, per regola alla successione venivano chiamati gradualmente tutti gli agnati; ma poteva determinarsi che fosse chiamato il solo rappresentante di una data linea; ovvero anche tutti i primogeniti delle linee che mettevano capo al primogenito del fondatore; ovvero i figli maschi di questo od anche tutti i figli dello stesso. Queste ed altre forme di patronato agnatizio si ritrovavano frequentemente in Italia, e han dato luogo ai nostri giorni a varie questioni tra gli scrittori e nella giurisprudenza, specialmente dopo la pubblicazione del Codice civile italiano, e dopo le leggi soppressive (17).

Nei patronati fedecommissarii infine la successione

(1) C. 11, ibid.
(2) C. 4, X, III, 26; Cf C. 4, *Sesto*, III, 12; Cf. Schulte, *Ueber die testamenta ad pias causas nach canonischen Recht praesertim de cap.* 11, X, *de test. et ult. volunt.* (III, 26) nella *Zeit. f. Civilrecht u. Process.* (*Neue folge*), VIII, 179 e seg.
(3) Schulte, op. e loc. cit., p. 209 e seg.
(4) C. 17, 19, X, III, 26; C. 2, *Sext.*, III, 11; Cap. un. Clem., III, 6
(5) C. 3, 6, X, III, 26.
(6) C. 14, 15, X, III, 26.
(7) C. Schmalzgrueber. *Ius eccles. univ.*, tit. *de test.*, § 9, n. 231.
(8) C. 14, X, III, 26.
(9) C. 15, X, III, 26.
(10) C. 13, X, III, 26; C. 18, X, V, 40.
(11) C. 1, 3, X, III, 38.
(12) C. 2, Clem., III, 12.
(13) Cf. Berardi, *Comm.*, II, 144.
(14) Cf. Glossa, *Pluras* ad c. 2 Clem., III, 12.
(15) Phillips, *Compendium iuris ecclesiastici*, Ratisbone 1875, § 142.
(16) Cf. Friedberg, *Lehrbuch. d. Kirchenrecht*, § 119.
(17) Cf. Scaduto, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, Napoli 1891, II, 414 seg.

era regolata dalle norme che determinavano la successione nei fedecommessi, e delle quali avrassi occasione di parlare nel capitolo seguente.

### Capitolo V. — Diritto civile.

#### § 1. — *Fondamento giuridico del diritto successorio nelle legislazioni italiane avanti la Codificazione.*

**112.** Col sorgere dei liberi Comuni dell'evo medio, sotto l'influenza dei risorti studii del romano diritto giustinianeo, la legislazione italiana cominciò ad acquistare un nuovo carattere, il quale si conservò fino alla Codificazione ed ha dato l'impronta a parecchi istituti giuridici dei moderni Codici. E questo carattere fu il risultato della fusione dei principii del diritto germanico con quelli del diritto romano ritemprati a loro volta dal diritto ecclesiastico o canonico.

Questa fusione avvenne lentamente e le sue prime manifestazioni, come già si è avuto occasione di vedere, dalle consuetudini del popolo passarono nelle stesse legislazioni germaniche; e per l'Italia nella legislazione langobarda, la quale perciò ha la massima importanza nella storia del diritto italiano, in quanto è la espressione del periodo, in cui, quasi in un crogiuolo, le idee romane si fondono con le germaniche, e ritemprate apparecchiano la moderna civiltà. A questo periodo, appartengono la legislazione langobarda e la franca carolingia.

Dopo lo sfasciamento dell'Impero franco, la fusione continuò, ma, nella confusione del periodo feudale, mancando un'autorità la quale avesse avuta la forza di rendersi interprete dei nuovi bisogni e delle mutate condizioni giuridiche, e di tradurre in iscritto le nuove consuetudini formatesi, il diritto civile addivenne consuetudinario. I vari Stati che erano entrati a far parte dell'Impero franco, dopo lo sfasciamento di questo, si frazionarono in tanti territorii più o meno estesi sotto la immediata sovranità dei signori feudali, e si ruppero quasi completamente i rapporti fra le popolazioni di un medesimo Stato; mentre ciascuno di essi si creava particolari bisogni e particolari consuetudini, che costituirono un diritto locale o territoriale, quasi per reazione al sistema personale, il quale, durante la dominazione franca aveva avuto tanta e sì vasta applicazione da estendersi a luoghi non facienti parte di quell'Impero.

Solo più tardi le consuetudini furono tradotte in iscritto, ma vi è una notevole differenza tra l'Italia langobarda e le altre contrade dell'Europa occidentale. In Italia, sostituitosi al particolarismo dei feudi il particolarismo dei Comuni liberi o repubblicani, le consuetudini nell'essere tradotte in iscritto ebbero l'impronta della libertà del popolo che se le aveva formate; altrove, non essendosi, salvo eccezioni, costituiti liberi Comuni, il diritto aveva in sè l'impronta della dominazione locale, tanto più che quei diritti ordinariamente trovavano la loro origine in concessioni del signore. E v'è ancora un'altra notevole differenza: in Italia, sviluppatisi i rapporti commerciali ed industriali con le repubbliche, e, risorto lo studio del romano diritto, gli statuti furono chiamati a regolare i nuovi rapporti e si ispirarono più fortemente al diritto romano, per opera dei giureconsulti addetti alla compilazione; altrove l'influenza dei nuovi studii fu più tarda e più lenta, e i diritti locali mirarono principalmente a regolare i rapporti derivanti dalla proprietà fondiaria, nelle forme in cui questa era costituita.

Ma anche in Italia i diritti locali ne offrono non poche e notevoli varietà, il che vuolsi attribuire alla maggiore o minore influenza che ebbe il diritto romano od il germanico sulla formazione delle consuetudini. Ed in Francia è notevole questo: che vi furono alcuni luoghi dove la tradizione del diritto romano si mantenne fortemente, e nei quali l'uso del romano diritto finì per prevalere (paesi di diritto scritto), mentre in altri prevalsero le consuetudini che vennero tradotte in iscritto (paesi di diritto consuetudinario).

Infine è da por mente che molti istituti giuridici risorti, e per i quali le legislazioni germaniche erano mute, si regolarono secondo le norme del diritto romano, addivenuto diritto comune; mentre altri nuovi istituti, sconosciuti anche alla vita giuridica romana, vennero regolati da norme tratte dalle consuetudini formatesi a mano a mano che i nuovi istituti sorti acquistavano caratteri precisi.

**113.** Eppure, ad onta della grande influenza esercitata dal diritto romano sulle consuetudini, e dai nuovi studii di quel diritto sulla compilazione degli statuti italiani, quanto al diritto successorio, se si fa eccezione di qualche luogo, come la Sicilia, dove il diritto germanico non ebbe che una influenza indiretta, ed il diritto romano dominò solo; negli altri, questo diritto non ebbe la forza di sostituirsi al sistema formatosi durante il corso dei periodi precedenti. Il diritto romano servì solo a regolare certi istituti giuridici successorii sconosciuti al diritto germanico, riuscì a mitigare alcuni principii da questo proclamati, ma il sistema successorio, nella sua essenza, poco si discostò da quello che abbiamo osservato nel periodo barbarico. Da ciò venne che l'influenza del diritto romano dovette essere e fu maggiore nella successione testata, intorno alla quale le legislazioni precedenti erano o mute o monche. Eppure anche quanto al carattere del testamento, in generale, esso conservò quello che aveva acquistato e in Italia ed altrove nel periodo barbarico, e che poneva una recisa distinzione tra il testamento romano ed il testamento delle legislazioni barbariche. In qualche raro luogo soltanto il testamento seguitò a regolarsi secondo i principii del romano diritto, non senza che questi subissero alcune trasformazioni.

Ed il sistema successorio che s'era andato formando nel periodo barbarico rispondeva in tal modo allo spirito del tempo, che anche in quei luoghi, come nei paesi di diritto scritto in Francia, dove si osservava il diritto romano, quanto alla successione i principii di questo non mantennero la loro purezza.

**114.** Il fondamento giuridico adunque del diritto successorio nelle legislazioni italiane prima della Codificazione, generalmente parlando, non riposa, come nella legislazione giustinianea, sui vincoli di sangue, e neppure sulla volontà presunta od espressa dal defunto, ma sulla costituzione della famiglia, la quale conservò generalmente i caratteri germanici, e sulla costituzione della proprietà, la quale anch'essa seguitò ad avere un carattere familiare. Di qui vennero da una parte la preferenza dei maschi sulle femmine e degli agnati sui cognati, dall'altra il retratto, che prese caratteri precisi e trovò la sua origine nel diritto germanico, pel quale l'alienazione degl'immobili aviti non era permessa a danno dei membri della famiglia senza il consenso loro.

Che l'esclusione delle donne per opera dei maschi agnati, e dico esclusione perchè per non pochi statuti le donne venivano escluse fino a quando esistevano agnati successibili, e la preferenza degli agnati sui cognati basassero sul carattere della proprietà e sulla

costituzione della famiglia si rileva dagli stessi statuti. A ciò si aggiunse l'interesse di ciascuna città di conservare i beni, specialmente se immobili, ai proprii cittadini, per impedire che passassero a cittadini di altri Stati, interesse che dettò non poche altre disposizioni intorno all'alienazione degli immobili, ai matrimoni di cittadine con stranieri, alla successione. Nello statuto di Correggio, la preferenza dei maschi e degli agnati è spiegata così: *Pro conservatione agnationis et nominis Casalis defuncti et pro communi bono et utilitate hominum et personarum civitatis Corrigiae et eius comitatus* (1). E più esplicitamente gli statuti di Cadore e di Treviso: *Ad decus expectare* (in quello di Treviso *spectare*) *Cadubrii* (*civitatis*) *et gloriam oppinamur* (*opinamur*) *locupletes habere subiectos, et aggregationibus mulierum facultates non minui masculorum, maximus* (*maxime*) *cum* (*quum*) *actus et consilia mulierum repperiantur* (*reperiantur interdum*) *adversus bonos mores et propria commoda* (*comoda*) *laborare* (2).

Dall'interesse inoltre di conservare i beni nella famiglia si originò la esclusione di quelli che ne erano usciti, come ad esempio di coloro che entravano in monastero, il che non avveniva per i sacerdoti. E poichè a quell'interesse si era unito anche l'interesse politico, ne venne che gli stranieri alla città e cioè allo Stato e quelli che avevano abbandonato la patria e con essa la famiglia non avessero capacità di succedere al loro congiunto della città.

Dal carattere familiare conservato dalla proprietà, e dal carattere della costituzione della famiglia seguiva un diritto di aspettativa degli eredi sui beni del loro autore, diritto che veniva in atto alla morte di quest'ultimo.

La maggior parte degli statuti quindi accolsero il principio che l'erede si trovasse, all'apertura della successione, *ipso iure* nel possesso del patrimonio ereditario, come avrassi occasione di vedere più largamente in prosieguo. I concetti romani della delazione, della adizione e dell'eredità giacente, che contraddicevano a questo principio, non furono perciò accolti nella loro interezza e nella loro purità. Vi sono statuti che usano le voci *aditio* e *delatio*, senza però annettere loro il significato giuridico romano, e adattandole quindi al suddetto principio germanico. Lo statuto di Crema, per esempio, il quale accetta questo principio in tutta la sua interezza (3) ritiene in conseguenza l'erede *ipso iure agnovisse et adiisse etiam si aliter non appareat* (4). E lo statuto di Cremona, dopo aver proclamato il medesimo principio, soggiunge: *Et quod quilibet possit haereditatem sibi delatam... repudiare et ab ea abstinere* (5).

Ma gli sforzi fatti dai giureconsulti dell'epoca, per far accogliere i principii del diritto romano negli statuti, anche per quanto riguarda il diritto successorio, non restarono senza effetto. Io non parlo di quei luoghi dove il diritto romano seguitò ad imperare e si trasfuse negli statuti, come nella Sicilia e fino ad un certo punto in Venezia: ma di quei luoghi nei quali il diritto germanico aveva avuto tutto il suo vigore. In non pochi statuti la posizione delle donne di fronte al diritto ereditario vien di molto migliorata: loro si riconosce, anche in concorso con i maschi, un diritto successorio limitato sì, ma sempre un diritto che loro si garantisce fortemente; la loro esclusione per opera degli agnati o non è più completa, o è scomparsa in favore delle più prossime al defunto. E lo stesso avviene per la cognazione, la quale non resta in qualche statuto più esclusa dalla agnazione, ed al cognato in concorso con l'agnato del medesimo grado si riconosce un diritto successorio limitato. È il principio del diritto giustinianeo che comincia a penetrare nelle varie legislazioni e che era destinato a trionfare.

L'influenza del romano diritto inoltre, mentre in alcuni luoghi non riuscì ad alterare che per poco il fondamento giuridico dato al diritto successorio dal giure germanico, altrove ebbe tanta forza da dare alla volontà del defunto tutta l'importanza che ebbe nella successione romana. Invero per molti statuti si poteva liberamente disporre delle proprie sostanze per atto di ultima volontà, facendo salva a certi dati parenti solo la legittima nella misura ammessa dal diritto romano od anche diversa.

Eppure se le legislazioni italiane, quanto alla successione testata, risentono moltissimo dell'influenza del romano diritto, dal quale può dirsi abbiano preso tutti gl'istituti relativi, pure il testamento conservò, generalmente parlando, il carattere acquistato nel periodo barbarico. Non fu quindi, neanche per quelle legislazioni, necessaria l'istituzione di erede, se si faccia eccezione per qualche statuto. Di qui la mancanza di tutte quelle norme che derivavano dal principio che il testamento dovesse necessariamente contenere l'istituzione di un erede.

I concetti della delazione e dell'adizione dell'eredità, quantunque accolti in coordinazione con i principii del diritto germanico, menarono ai conseguenti concetti del rifiuto dell'eredità, del beneficio di deliberare e dell'accettazione con beneficio d'inventario, concetti anche essi coordinati al carattere generale del diritto successorio germanico.

**115.** In altri paesi d'Europa, come in Francia, in Inghilterra ed in Germania, il fondamento giuridico del diritto successorio sotto nuove influenze ebbe a subire modificazioni più rilevanti che quelle subite in Italia. In quei paesi invero il diritto successorio subì fortemente l'influenza del nuovo ordinamento acquistato dalla proprietà fondiaria nel periodo feudale e delle norme formatesi a regolare la successione feudale, nell'istesso tempo che l'influenza del romano diritto non restava senza effetti. Il fondamento giuridico del diritto successorio restò in fondo la costituzione familiare, ma il principio, derivante da tale fondamento giuridico, della conservazione cioè dei beni aviti nella famiglia ricevette un'applicazione esagerata, poichè, per impedire che la proprietà familiare si sminuzzasse, il principio della primogenitura dalla successione nei feudi e nei beni dei dipendenti, fu in parecchi luoghi di quei paesi, ed in altri per certi dati beni, applicato anche nella successione dei beni allodiali. Che anzi in quei luoghi dove il diritto civile non ammetteva la preferenza del primogenito, la primogenitura veniva determinata dal padre

(1) *Stat. Corrigiae*, II, 79; Cf. *Stat. Trident.*, I, 110; *Stat. Montiscalerii* nei *Mon. hist. patr.* Leg. Munic., p. 1530; *Stat. Portusnaonis*, II, d. succes., ab intestato pr.; *Stat. Callii*, II, 64; *Stat. Monfestino*, II, 101; *Stat. Sassuolo*, II, 86; *Stat. Tarvisii*, II, 5, 2; *Stat. S. Felicis*, II, 33; *Stat. Urbino*, II, 55.

(2) *Stat. Cadubrii*, II, 110; *Stat. Tarvis.*, II, 3, 2.

(3) *Stat. Cremae* (Ed. Ven., 1536), fol. 62.

(4) *Stat. Cremae*, fol. 63, tergo.

(5) *Stat. Cremonae*, 368.

di famiglia con disposizione di ultima volontà. Ed è pure notevole che in alcuni luoghi la preferenza, anzi che al primogenito, si dava all'ultimo nato.

Un'altra applicazione del principio della conservazione dei beni nella famiglia fu la distinzione dei beni provenienti dal lato paterno, e dei beni provenienti dal lato materno, distinzione che si riscontra anche in qualche legislazione italiana, ma che ebbe vigore in Francia largamente, in una parte della Germania ed in Inghilterra. Quale importanza avesse questa distinzione vedrassi nel prosieguo di questo capitolo.

Un'altra nota caratteristica del diritto successorio in quei paesi si è la distinzione dei beni secondo la loro natura e la loro destinazione, per regolarne diversamente la trasmissione agli eredi. Anche in qualche legge italiana si trova qualche cosa di consimile, ma, come avrassi occasione di rilevare, l'indole e lo scopo delle distinzioni sono ben diversi nelle legislazioni straniere.

L'identità poi dell'origine del fondamento del diritto successorio appo noi ed in quei paesi, fece sì che e la nostra e le legislazioni degli stessi avessero alcuni punti essenziali di contatto, come la preferenza dei maschi sulle femmine, dell'agnazione sulla cognazione. Però l'influenza del diritto romano in alcuni luoghi tolse ogni differenza tra agnazione e cognazione, in altri arrivò a far proclamare l'eguaglianza dei figli e delle figlie di fronte al diritto successorio nei beni liberi.

Specialmente in sul principio del periodo di cui trattasi in questo capitolo, l'introduzione dei testamenti secondo il concetto romano trovò forte resistenza pel principio che dominava nella successione intestata. Ed è ben strano questo: che in quei paesi dove il principio della primogenitura era stato accolto, ivi il testamento fu ammesso con limitazioni tali da far sì che la massima importanza restasse alla successione intestata; negli altri dove vigeva il principio dell'eguaglianza tra i figli, ovvero il concetto romano che non faceva distinzione tra maschi e femmine, ivi la facoltà di testare fu ammessa largamente e per tutti i beni, anche senza l'obbligo della riserva. Eppure questa notevole differenza tra le legislazioni era il prodotto di una medesima causa; nei primi la piena libertà di testare sarebbe stata un pericolo per la famiglia e pel lustro della medesima, potendo il testatore sminuzzare i suoi beni tra molti eredi, anche estranei; nei secondi col testamento potevasi accumulare tutta la sostanza familiare nelle mani di un solo dei figli, ed ovviare così alla ripartizione che per legge avveniva nella successione intestata.

Quanto al testamento inoltre vuolsi osservare come più che in Italia, in altri paesi d'Europa fosse stata grande l'influenza della Chiesa e del suo diritto, e non soltanto per il contenuto, ma anche per la forma, donde il fatto che le controversie riguardanti testamenti fossero sottratte al foro civile e deferite al foro ecclesiastico.

Infine anche quanto alla successione contrattuale, mentre nella maggior parte d'Italia si ritornò all'osservanza della legislazione romana giustinianea, in altri paesi di Europa, pel principio della conservazione dei beni aviti nella famiglia, essa ancora venne sottoposta a limitazioni più o meno larghe secondo la natura dei beni di cui si voleva disporre.

**116.** Riepilogando quanto finora si è detto circa il carattere del diritto successorio in questo periodo, si può dire che in Italia esso fosse il risultato della coordinazione dei principii del diritto romano con quelli del diritto germanico e della prevalenza di quelli nella successione testata, di questi nella legittima; e che in tale coordinazione entrassero anche i principii del diritto canonico. Quanto poi ad altri paesi di Europa, la coordinazione avvenne, ma la prevalenza restò ai principii del diritto germanico, dei quali anzi si ebbe un'esagerazione; poichè tale prevalenza si osserva anche nella legislazione testata, sulla quale più che il romano diritto ebbe influenza il diritto ecclesiastico. Però è pure da notare come mano mano che ci accostiamo alla Codificazione, in Italia si fa luogo a riforme che restringono certi istituti che si erano originati dall'esagerazione dei principii germanici, e che cominciavano ad apparire contrarii ai progressi della civiltà e del diritto; altrove l'influenza dei principii del diritto romano andò sempre più accentuandosi in modo che, nelle legislazioni di quei paesi, alcuni istituti vennero riformati, altri, tratti dal romano diritto, adottati. Ma e in Italia e altrove alcuni principii originatisi dal diritto germanico restarono e con la Codificazione passarono nei Codici odierni.

### § 2. — *Della successione legittima.*

**117.** Se le consuetudini, e gli statuti, e le legislazioni posteriori ritrassero, quanto al diritto successorio, dal diritto germanico, nel tempo stesso però che l'influenza dei risorti studii del diritto romano operava, quantunque limitatamente, su questo punto della legislazione, ne doveva seguire che quanto alla capacità di succedere i vuoti che si osservano nelle legislazioni germaniche venissero riempiti dal diritto romano, per quanto questo fosse applicabile alla ragione dei tempi. Ed è notevole che moltissimi statuti non trattino di questo argomento, rimettendosi naturalmente in modo tacito od espresso al diritto romano, che era, per la maggior parte dei luoghi, addivenuto il diritto comune. Così ad esempio gli statuti di Cremona, mentre dichiarano abolito l'uso del diritto langobardo (1), non dettano poi disposizioni intorno alla capacità di succedere; sicchè essi per questo argomento si rimettono al diritto romano. In altri statuti si dice espressamente che, per quanto intorno alla successione non è stato oggetto di disposizioni speciali, si debba osservare il diritto comune (2); in altri, pur mancando simile dichiarazione, essa è implicitamente sottintesa dal complesso delle disposizioni al riguardo, in quanto o si tace circa la capacità di succedere o si dettano solo alcune disposizioni per casi speciali, ispirate alla ragione dei tempi.

Per regola generale quindi erano esclusi dalla successione coloro ai quali il diritto comune negava la capacità di succedere. E poichè anche il diritto canonico ebbe influenza sulla legislazione civile, così furono da questa ritenuti incapaci quelli che il diritto ecclesiastico aveva dichiarati tali.

Perchè si potesse succedere, era necessaria la vita fisica e la vita giuridica, ed ecco perchè mentre da una parte non potevano per regola succedere i non concepiti, non potevano dall'altra venire all'eredità quelle persone che erano considerate come civilmente morte (3), ad esempio i leprosi (4). Per alcuni statuti, come tali veni-

(1) *Stat. Cremonae*, 366.
(2) *Stat. Portusnaonis*, II. *De succes. ab int.*
(3) *Stat. Mediol.*, I, 284; *Stat. Vigev.*, 155.
(4) *Stat. Florent.*, IV, *extraord.* 42; *Sachsenspieg.*, I, 4; Beaumanoir, *Cout. di Beauvoisis*, II, p. 3, 25; *Cout. de Normandie*, 224.

vano considerati coloro che entravano in monastero (1), i quali quindi erano esclusi dalla successione, anche quando fossero usciti dal monastero per giusta causa, poichè in questo caso essi non avevano diritto se non agli alimenti (2). Per altri invece, come sarà più opportunamente veduto in prosieguo, ai monaci ed alle monache veniva riconosciuta la capacità di succedere, quantunque limitata (3).

Eppure questa incapacità non colpiva coloro che venivano con una condanna ritenuti morti civilmente, i quali quindi potevano succedere e trasmettere per successione (4); e la ragione si è che costoro non erano realmente usciti dalla loro famiglia, come i monaci, o segregati dal mondo come i leprosi.

Anche per i chierici le leggi determinano la incapacità assoluta (5), o limitata (6), come sarà veduto in prosieguo.

Contro altre persone la incapacità era dichiarata per ragioni più o meno direttamente politiche. Così ad esempio l'interesse delle repubbliche e degli Stati italiani di impedire che i fondi, specie quelli posti sui confini, passassero in mano di stranieri, dettò quella disposizione per la quale erano esclusi dalla successione da una parte tutti coloro che non erano sudditi (7), dall'altra le donne cittadine che avevano disposato uno straniero (8). Quelli però, che non erano cittadini, potevano acquistare la capacità di succedere, acquistando la cittadinanza, trasferendosi cioè nella città o nello Stato, nel cui territorio erano i beni ereditarii ed al quale apparteneva l'autore (9), ed in altri paesi, come in Francia, mercè lettere di naturalizzazione (10). Ma anche quanto alla incapacità degli stranieri si notano non poche differenze nei nostri statuti, poichè alcuni, e lo si è visto, li escludevano assolutamente dalla successione di un cittadino, altri solo dalla successione degli immobili (11), altri li ammettevano, ma coll'obbligo di alienare gl'immobili ereditarii ad un cittadino fra l'anno (12).

Per ragioni politico-religiose erano esclusi coloro che appartenevano a confessioni religiose diverse da quella cui la generalità dei cittadini apparteneva. Così gli Ebrei, per la teoria che erasi andata formando nell'evo medio, doversi cioè il giudeo considerare come servo del principe (13), furono dichiarati incapaci di succedere (14). Però la condizione degli Ebrei andò sempre migliorando, e poscia la loro incapacità scomparve, poichè essa non si legge in legislazioni posteriori. Più fortemente dovevano dichiararsi incapaci i Saraceni, che oltre ad essere stranieri, nei tempi delle repubbliche italiane infestavano i mari (15). E finalmente, ricopiando dal diritto romano e dal canonico, le legislazioni di cui ci occupiamo ritennero incapaci assolutamente gli eretici, contro i quali erano comminate delle pene gravi come il bando e la confisca, od altre abbandonate all'arbitrio dei magistrati (16).

Altre incapacità erano determinate allo scopo di conservare i beni nella famiglia ed esse quindi colpivano le donne ed i nati fuori matrimonio legittimo. Quanto alle donne le legislazioni variano moltissimo, come avrassi occasione di vedere in prosieguo. La incapacità loro però aveva alcuni limiti o nella natura dei beni, o nel grado dei parenti che con loro concorrevano, quantunque non manchino legislazioni che pongono eguaglianza completa tra maschi e donne. Una conseguenza del principio, da cui si originava la incapacità delle donne, era l'incapacità dei parenti dal lato materno, dei cognati, ma tale incapacità era relativa e però si risolveva nella preferenza degli agnati sui cognati.

Quanto poi ai figli spurii, non può porsi un principio assoluto, poichè, mentre alcuni statuti li escludono anche dopo legittimati, altri li ammettono con certi limiti più o meno larghi. Ma su questo argomento ritornerassi più opportunamente in prosieguo.

**118.** Le incapacità di cui finora si è discorso dipendevano dalla posizione giuridica o sociale di certi individui. Ma potevasi addivenire incapace per certe colpe o reati e quindi per indegnità. Anche quanto a questo argomento gli statuti e le altre leggi sono monche, rimettendosi quindi espressamente o tacitamente al diritto comune: però esse non mancano di contemplare i casi più gravi d'indegnità.

Colui, invero, che toglieva la vita a quello dal quale doveva ereditare, veniva escluso dalla successione, e perchè egli non potesse indirettamente godere dell'eredità, venivano colpiti dalla esclusione i suoi discendenti e la sua moglie, almeno fino a tanto che egli restava in vita (17). E la indegnità si determinava, per qualche legge anche in rapporto agli ascendenti ed ai discendenti dell'ucciso (18). Il medesimo principio applicavasi pure pel caso che il marito avesse ucciso la moglie, poichè egli dalla successione della defunta veniva escluso con i discendenti maschi, e tutta l'eredità andava alle figlie (19).

Altri casi d'indegnità sono contemplati dagli statuti e dalle leggi, come quello di colui che impediva al suo autore di far testamento, o che ne distruggeva il testamento già fatto (20), o che costringeva il defunto a fare

(1) *Stat. Ferrar.*, II, 142; *Stat. Vogher.*, 129; *Stat. Belluni*, II, 141. *Cons. Amalf.*, 7; *Stat. Castri Arquati*, IV, 31; *Stat. Niciae* nei *M. h. p.* Leg. Mun., p. 56; *Stat. Genuae*, V, 23; *Stat. Cittanova*, V, 22; *Legge parmense, 25 ott. 1764; Legge lombarda 5 sett. 1767; Legge lucchese, 10 sett. 1764.*

(2) *Stat. Belluni*, II, 141; *Stat. Paduae*, 1420; *Stat. Tartii*, p. 30; *Stat. Vall. Trompia*, 147, 10.

(3) *Constit. Leg. Pisan. civit.*, 35; *Stat. Centi*, III, 2; *Stat. Veneti*, II, 31; *Stat. Veron.*, II, 83, ecc.

(4) *Stat. Med.*, I, 284; *Stat. della Valtell.*, I, 132.

(5) *Const. piem. di Carlo Em. III*, V, 6, 2.

(6) *Stat. Bon.*, 125; *Const. Leg. Pis.*, 35; *Stat. Veron. 1228*, I, 45; *Sachsensp.*, I, 5, 3; I, 17, 1.

(7) *Stat. Vercell.*, III, 47; *Stat. Bergomi*, VI, 16; *Stat. Casal.*, nei *M. h. p.* Leg. Mun., p. 946; Loisel, *Inst.*, I, 1, 49, 50; *Const. Mediol. 1541*, 78; *Costit. Moden.*, II, 8; *Stadtrecht. v. Enns* (1216), 15, 16; *v. Wien* (1221), 44, 45.

(8) *Stat. Berg.*, VI, 15; *Stat. Novar.*, II, p. 80; *Stat. Mediol.*, I, 310; *Stat. Vigev.*, 152; *Stat. Valli S. Martin.*, 91; *Legge lucchese 10 sett. 1764.*

(9) *Stat. Bonon.*, 100; *Stat. Urbini*, II, 54; *Stadtr. v. Wien*, 44, 45.

(10) Cf. Viollet, op. cit., p. 315 seg.

(11) *Stat. Ferrar.*, II, 98; *Stat. Veron.*, II, 186; III, 95; *Costit. piem.*, VI, 12; *Stat. Urbini*, II, 54.

(12) *Stat. Bonon.*, 100.

(13) S. Tommaso, *Summa theolog.*, II, q. X, art. 10.

(14) *Const. leg. Pisan. civ.*, 35.

(15) *Const. leg. Pisan. civ.*, 35.

(16) *Stat. Rom.*, I, 2; *Stat. Florent.*, III, 40; *Stat. Cremon.*, 81, 82; *Stat. Veron.*, I, 39; *Stat. crim. Bonon.*, 37.

(17) *Stat. Placent.*, III, 66; *Stat. Bon.* 109; *Stat. Florentiae*, III, 126; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Bobbii*, II, 96; *Stat. Valtell.*, II, 31; *Stat. Placent.*, III, 66; *Sachsensp.*, III, 84, 2.

(18) *Stat. Centi*, III, 3.

(19) *Stat. Corrigiae*, II, 75.

(20) *Stat. S. Marini*, III, 70; *Stat. Albeng.*, p. 226; *Stat. Collalto*, I, 29; *Const. regni Sic.*, III, 69; *Stat. Vall. Trompia*, 142, 3.

testamento (1), o che con violenza s'impossessava dei beni del defunto mentre era ancora in vita (2); il caso della figlia o della sorella che si dava a vita disonesta (3), e fino ad un certo punto l'indegnità colpiva anche il figlio o la figlia che fosse passata a matrimonio senza il consenso paterno (4). Il figlio inoltre, che osava alzare le mani contro il suo genitore, o che lo aveva ingiuriato o accusato di grave reato, o che gli si fosse mostrato in qualunque modo ingrato, sia negandosi di fargli sicurtà per evitargli la prigione, sia negandogli gli alimenti, sia negandosi a riscattarlo dai nemici, sia intentandogli lite per la maggior parte dei beni di lui, era escluso dalla successione paterna come indegno (5).

Per alcuni di questi casi e per alcuni statuti l'indegno era senz'altro escluso dalla successione *ab intestato* o testamentaria; ma l'autore poteva perdonarlo e chiamarlo con testamento, posteriore al fatto che aveva prodotto l'indegnità (6). Per altri casi e per altri statuti l'offeso poteva diseredare il colpevole; che se non lo diseredava, s'intendeva avergli perdonato, ed il colpevole veniva chiamato alla successione (7).

Molti statuti però tacciono e intorno alla incapacità per indegnità e intorno alla diseredazione, rimettendosi quindi al diritto romano che era il diritto comune: che anzi qualche statuto o consuetudine espressamente si richiama a quel diritto. Così nelle consuetudini di Messina e di Patti: « Filius vel filia a paternis, vel maternis bonis ex his causis a patre vel matre exhaereditantur, ex quibus per leges exhaereditantur » (8).

Quanto adunque all'esclusione per indegnità, le legislazioni precedenti alla Codificazione o adottarono i principii del diritto romano espressamente o tacitamente, ovvero fusero i principii del diritto romano e quelli del diritto germanico. Che anzi, come già innanzi si è detto, per alcuni statuti, può dirsi che si conservò intorno alla materia quanto era stato disposto dal diritto langobardo.

**119.** Il modo, che tenevano i popoli germanici dopo l'invasione nel determinare l'ordine successorio, e tra essi specialmente i Laugobardi, influì sulle legislazioni posteriori, in particolar guisa su quelle che più si avvicinano al periodo barbarico. Continuò quindi ancora per qualche tempo ad osservarsi il sistema lineare-graduale, ed ecco perchè alcune leggi ci parlano di linee o colonnelli (9); ecco perchè secondo alcuni statuti certi collaterali escludevano certi ascendenti (10), esclusione che può spiegarsi solo ricorrendo al sistema lineare-graduale, in quanto quei collaterali appartenevano alla medesima linea del defunto, mentre quegli ascendenti appartenevano a linea diversa. Si ripeteva quindi lo stesso fenomeno giuridico che si è potuto osservare chiaramente in alcune delle legislazioni germaniche studiate nel secondo capitolo.

Però, mano mano che gli studi di diritto romano progredivano, i giureconsulti addetti alla compilazione ed alla revisione degli statuti influirono a che si abbracciasse il sistema romano, il quale cominciò ad adottarsi prima oltre le linee più prossime, poi per tutti i parenti del defunto, come si rileva dagli statuti posteriori (11). Insomma fu questo uno dei punti per i quali il diritto romano la vinse sul germanico in materia di successione.

In quanto poi al modo di computare i gradi, alcuni stàtuti seguirono il sistema del diritto romano (12), altri invece seguirono il sistema adottato dal diritto canonico, e questi ultimi furono in maggior numero (13). Quale fosse la differenza che passava tra il modo di computare i gradi secondo il diritto romano e quello di computarli secondo il diritto canonico si è già accennato innanzi: la differenza, in breve, consisteva in ciò, che per diritto romano la distanza tra due parenti si misurava ascendendo da uno di essi allo stipite comune e discendendo poi dallo stipite comune all'altro parente; mentre per diritto canonico la distanza si computava discendendo dallo stipite comune a quello dei due parenti che ne era più lontano; che se ne erano distanti egualmente, si discendeva dallo stipite comune ad uno solo di essi. Questo modo di computare i gradi il diritto canonico trasse dal diritto germanico, come innanzi si è detto: ciò risulta dal vedere come la Chiesa prima delle invasioni, per quanto riguarda l'impedimento al matrimonio della parentela, aveva accettato le norme del diritto romano ed il modo che questo teneva nel computare i gradi, mentre dopo l'invasione mutò il modo di computazione. E fu proprio nei primi tempi in cui adottò questo nuovo metodo di computazione che la chiesa proibì il matrimonio tra parenti fino al settimo grado, anzi fino a che potevasi conoscere esistere tra gli sposi parentela (14).

**120.** Gli statuti e le leggi del periodo di cui in questo capitolo ci occupiamo, quantunque alcuni avessero conservato, nel determinare l'ordine successorio, il sistema germanico, che, come si è visto, escludeva la rappresentanza, accettarono questo istituto, specialmente quando l'influenza del diritto romano fece sì che si abbandonasse il sistema germanico di determinare l'ordine successorio e si abbracciasse invece il romano. Ed è perciò che può dirsi non vi sia legge o statuto italiano che non ammetta la rappresentanza.

Ma anche intorno a quest'istituto si osservano delle varietà, particolarmente per quanto riguarda la rappresentanza nella linea collaterale, poichè nella linea retta la rappresentanza era ammessa in infinito (15).

Per diritto romano, e per quei diritti germanici che ricopiarono da esso l'istituto della rappresentanza, questa nella linea collaterale non si estendeva al di là dei figli

(1) *Stat. Varisii*, 40.

(2) *Sachsensp.*, III, 84, 1; *Oesterr. Landrect.*, 74.

(3) *Cons. Siracus.*, 8; *Cons. Noto*, 17: *Stat. Melazzo*, 155.

(4) *Cons. Sirac.*, 7; *Cons. Noto*, 16; *Stat. Vall. Trompia*, cit.; *Stat. Rover.*, I, 61; *Stat. Ripae*, II, 74; Duboin, VI, 53, pel Piemonte: *Stadtrech. v. Wien* (1221), 43.

(5) *Stat. Venet.*, IV, 36; *Stat. Sassar.*, I, 45; *Stat. Vall. Trompia*, 142, 3; *Frider. II Const. pac.*, c. 11, in Pertz, *Leg.* II.

(6) *Stat. Centi*, III, 3: *Stat. di Melazzo*, 155.

(7) *Stat. Venet. Stat. Sassar.* cit.: *Schwabensp.*, 162.

(8) *Cons. Patti*, 64; *Messan.*, 22. Cf. *Carta de Logu*, 97.

(9) *Stat. Venet.*, VI, 53.

(10) *Constit. Leg. Pis.*, 35.

(11) Cf. Pertile, op. cit., § 125 pr.

(12) *Stat. Mediol.*, I, 289-301; *Stat. Bon.*, 109; *Stat. Cremae* (1534), fol. 64; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Cuneo*, I, 514; *Stat. Vall. Camonicae*, 347; *Stat. Ravennae*, III, 11; *Stat. Regii*, II, 76.

(13) *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Lucae*, II, 8: *Stat. Torton.*, 59; *Stat. Cremon.*, 359; *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Portusnaon.*, Provv. 14 luglio 1558; *Stat. Bergomi*, VI, 29; *Stat. Cors.*, I, 43; *Stat. Pap.*, 96; *Const. Moden.*, II, 34, ecc.

(14) Can. 17, C. 35, q. 2 e 3.

(15) *Stat. Ven.*, IV, 24; *Stat. Bon.*, 108; *Stat. Florent.*, II, 130; *Stat. Mediolani*, 1, 278; *Stat. Cremae*, fol. 63, tergo; *Cons. Surrenti*, 1; *Cons. Neapoli*, 1; *Constit. legis Pis.*, 36; *Const. Patr. Foroiuli*, 145.

del premorto fratello, come si è avuto occasione di vedere innanzi; e veramente questo stesso limite si legge nella maggior parte dei nostri statuti e delle nostre leggi (1). Non manca però qualche statuto che ammette nella linea collaterale la rappresentanza anche per i figli di collaterali più lontani; così lo statuto di Albenga e quello di Varese insieme agli zii chiamano alla successione i figli del premorto zio (2). Così ancora lo statuto pisano ammette la rappresentanza anche in favore dei nipoti del predefunto fratello, dei figli del premorto zio e dei figli del premorto cugino cioè dei nipoti dello zio predefunto (3); ed infine non manca qualche statuto che chiama i collaterali, senza distinzioni di gradi, sempre per stirpi (4).

Quante volte aveva luogo la rappresentanza, quelli che venivano chiamati in forza di questa concorrevano per stirpi e non per capi (5); ma, quando coloro che sarebbero stati chiamati per rappresentanza venivano alla successione da soli, come, per esempio, se tutti i figli erano premorti lasciando discendenti, o se erano morti tutti i fratelli lasciando figli, allora non mancano statuti i quali dispongono che la eredità dovesse dividersi per capi e non per stirpi (6), perchè gli eredi in tal caso acquistavano l'eredità per un diritto proprio e non come rappresentanti dei loro genitori premorti. Ma gli statuti in generale dispongono che, anche essendo i nipoti essi soli eredi, dovessero dividere la eredità per stirpi e non per capi (7).

In altri paesi la rappresentanza incontrò maggiore resistenza. Così in Germania essa molto tardi venne accolta ma per i soli nipoti di figli (8); che anzi secondo lo specchio sassone, mancando figli maschi, erano chiamate le figlie od i loro nati, ma questi non per diritto di rappresentanza (9). Poi anche in Germania le leggi del secolo decimosesto accolsero il diritto romano come diritto comune.

In Francia, mentre nei paesi di diritto scritto seguivasi il diritto romano anche quanto alla rappresentanza, nei paesi di diritto consuetudinario questo istituto trovò forte resistenza, e fino alla rivoluzione molti costumi lo respingevano (10). Quelli poi che l'ammisero lo limitarono solamente alla linea retta, e solo più tardi l'ammisero nella collaterale, come quelli di Parigi nel 1580 e quelli d'Orleans nel 1583 (11). Ma pure in Francia si riscontrano diritti locali che ammettono la rappresentanza, anche nella linea collaterale, all'infinito, quali quelli di Touraine e d'Anjou (12). Colla rivoluzione la rappresentanza fu ammessa in linea retta all'infinito (13), e quanto alla linea collaterale vi fu un decreto che anche in essa ammise la rappresentanza all'infinito (14): ma questo decreto fu abolito e si tornò alla norma del diritto romano col Codice Napoleone.

**121.** Per gli statuti e per le leggi italiane erano tre gli ordini degli eredi nelle successioni ordinarie: quello dei discendenti, quello degli ascendenti, quello dei collaterali.

I. Quanto all'ordine dei discendenti, scomparso col risorgere degli studi del diritto romano, il sistema lineare-graduale nel determinare gli ordini successorii, ed ammessa la rappresentanza in infinito nella linea retta, non vi fu e non vi poteva essere alcuna limitazione, come avveniva per diritto germanico. E però in questo ordine si comprendevano tutti coloro che discendevano dal defunto, i quali, qualunque fosse la distanza tra essi e l'autore, erano preferiti a tutti gli altri parenti sia della linea ascendente, sia della collaterale. Questo principio però aveva vigore solo in rapporto ai discendenti maschi e nati da maschi, poichè come or ora vedrassi le discendenti ed i loro nati, anche maschi, ricevevano un trattamento diverso dai discendenti, e la loro posizione di fronte agli ascendenti ed ai collaterali agnati era ben diversa da quella di questi ultimi (15).

Ma vi furono alcuni luoghi in Italia, dove l'influenza del diritto germanico fu poca, o dove si conservò più fortemente la tradizione del diritto romano, e le leggi e le consuetudini dei quali si uniformarono al diritto romano, non facendo alcuna distinzione di sesso tra i figli e discendenti per regolarne i diritti successorii, e li chiamarono tutti indistintamente all'eredità dei genitori ed in parti eguali. Questa norma predomina nelle consuetudini sicule; le quali chiamano egualmente coi fratelli tanto le sorelle nubili quanto le maritate, queste però con l'obbligo di mettere in collazione la dote (16); in qualche luogo della Sardegna come nel giudicato di Arborea (17); e finalmente in alcuni statuti di città dell'Italia settentrionale, come ad esempio in quelli di Tortona (18), di Cittanova (19) e di Collalto, in quest'ultimi per l'eredità materna (20).

Però, quanto alle consuetudini sicule, non bisogna trascurare che il regime dei beni familiari aveva influenza sulla successione. Per quelle consuetudini, appena nati figli da un matrimonio, si determinava una comunione tra i coniugi ed i figli, in modo che tutto il

(1) *Stat. Venet.*, IV, 27; *Stat. Bon.*, 109; *Stat. Cremae*, fol. 64; *Stat. Corrigiae*, II, 78; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Portusnaon.*, II, *De succ. ab intest.*; *Cons. Caltagir.*, 31-33; *Stat. Brixiae*, 194, 2; *Cons. Catan.*, 3; *Cons. Castigl.*, 23; *Stat. Tuderti*, II, 56; *Cons. Sirac*, 9; *Stat. Bell.*, II, 136; *Const. Foroiulii*, cit.

(2) *Stat. Albenga*, p. 228; *Stat. Varisii*, 46.

(3) *Const. leg. Pis.*, 35.

(4) *Stat. Vallis Siccidae*, I, 65.

(5) Cf. Stat. cit., alle note precedenti.

(6) Cf. Laurière, *Teste des Coust. de la Prévôté de Paris*, III, p. 85-87, 351 seg.

(7) *Stat. Portusnaon.*, cit.

(8) *Sachsenspieg.*, I, 5, 1; *Schwabenspieg.*, 4; *Ruprecht. v. Freysing*, I, 7.

(9) *Sachsenspieg.*, I, 5, 1; I, 17, 1.

(10) *Cout. de Hainaut*, c. 90, art. 5; *de Ponthieu*, 8; *de Chaunay*, 36; *de Boulenois*, 75, 83; *d'Artois - Campagne* (1541), 93.

(11) *Coutume de Paris*, 320-21; *d'Orleans*, in Kohler; *Gesammelte Abhandlungen*, 1883, p. 347.

(12) *Cout. de Touraine*, 287; *d'Anjou*, 224, 24; *du Maine*, 240, 241; *d'Auvergne*, XII, 9; *du Grand-Perche*, 151.

(13) *Décret des 8-15 avril 1791*, art. 2.

(14) *Décret du 17 nivôse, an II*, art. 77.

(15) *Stat. Bon.*, 107-108; *Stat. Flor.*, II, 130; *Stat. Gen.*, V, 21; *Cons. Mediol.*, 19; *Stat. Mediol.*, I, 278; *Stat. Cremon.*, 357; *Stat. Mant.*, II, 53; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Ravenn.*, 149; *Stat. Luc.*, II, 16; *Stat. Mut.*, III, 73; *Stat. Tarv.*, III, 1, 2; *Stat. Cremae*, p. 63, tergo; *Stat. Centi*, III, 2; *Stat. Castrinovi*, 148; *Stat. Cesenae*, p. 96; *Stat. Belluni*, II, 134; *Statut. Portusnaon.*, II, De succes. ab intest., pr.; *Stat. Callii*, II, 64; *Stat. terrae Argentae*, p. 75; *Stat. Albenga* pag. 227; *Stat. Bergomi*, VI, 7, 8; *Cons. Surr.*, 1; *Cons. Neap.*, 1, ecc.

(16) *Cons. Panormi*, 48; *Cons. Messan.*, 23; *Cons. Catan.*, 8; *Cons. Castigl.*, 22; *Cons. Pactar.*, 57; *Cons. Lipar.*, 12, 3; *Cons. Agrig.*, 2.

(17) *Carta de Logu*, c. 98.

(18) *Stat. Torton.*, III, 60.

(19) *Stat. Cittanova*, V, 14.

(20) *Stat. Collalti*, 1, 28.

patrimonio si divideva in tre parti ideali, di cui una al padre, l'altra alla madre, l'altra ai figli (1). Premorendo uno dei genitori, si apriva la successione solo per la quota a lui spettante, la quale andava ai figli, che, volendo vivere separati dal genitore superstite, entravano nel possesso della quota medesima (2).

Ma i principii di diritto germanico diffusi in tutta Italia, anche nell'Italia non langobarda, penetrarono ed influirono ancora sul diritto siculo, quantunque l'influenza fosse limitata, poichè essa non arrivò a far proclamare la preferenza dei maschi sulle femmine, ma solo influì a che alcune delle consuetudini sicule escludessero dalla eredità dei genitori le figlie maritate e dotate in beneficio dei figli maschi e delle nubili (3). Ma questa esclusione era determinata solo in concorso con fratelli, in modo che mancando figli maschi e loro discendenti successibili, le figlie maritate e dotate venivano preferite a tutti gli altri parenti (4). È bene però osservare che il semplice fatto della dotazione delle maritate non era sufficiente ad escludere ogni pretesa di queste, le quali potevano agire, quante volte la dote loro costituita fosse inferiore alla metà di ciò che loro sarebbe toccato per legge, ed allora esse concorrevano egualmente con i fratelli e con le sorelle nubili (5).

Anche in Francia, nei paesi di diritto scritto, nei quali osservavasi il diritto romano giustinianeo, non facevasi alcuna distinzione di sesso nella successione discendentale, quantunque non mancassero paesi di diritto scritto, come la Provenza, dove le figlie erano escluse dai figli (6). La norma dell' eguaglianza dei figli di due sessi poi si osservava anche per la maggior parte dei villani nella successione ai beni allodiali (7).

Anche nella Germania lo specchio svevo ed altre fonti posteriori pongono quanto al diritto successorio perfetta eguaglianza tra i figli e le figlie (8).

**122.** In altri luoghi e per altri statuti si poneva una distinzione tra l'eredità paterna e l'eredità materna. Nella prima i maschi erano preferiti alle donne, salvo a queste alcuni diritti che saranno determinati in prosieguo. Nella seconda invece i figli sia maschi sia femmine venivano egualmente chiamati e dividevano egualmente. In Italia non sono molti gli statuti e le leggi che pongono una simile distinzione ed una simile norma per l'eredità materna (9). Fuori d'Italia questa distinzione può dirsi anche più rara, poichè nei paesi dove le figlie erano eguagliate ai figli essa non era necessaria; nei paesi dove le donne erano escluse, questa esclusione avveniva nell'eredità paterna e nella materna. Che se si trova posta questa distinzione in qualche legge, essa non aveva riguardo all'eredità propriamente detta, ma era posta solo per chiamare i maschi e tra essi ordinariamente il primogenito alla eredità delle cose guerresche del padre (*Heergeräthe*), le figlie a quella degli ornamenti muliebri della madre (10).

**123.** Per qualche altra legge facevasi distinzione tra il patrimonio mobiliare e l'immobiliare del defunto. Nel primo erano chiamati egualmente i maschi e le femmine, nel secondo i soli maschi. Però se la quota toccante alle donne sui mobili ereditarii non era sufficiente a costituire loro una congrua dote, i maschi erano tenuti a dotarle convenientemente, a meno che non avessero preferito dividere con le stesse anche gl'immobili ereditari (11). Questa disposizione che aveva vigore in Venezia, dove per lo sviluppo delle industrie e del commercio la proprietà mobile aveva la più grande importanza, ed essa sola costituiva spesso la ricchezza di una famiglia, migliorava di molto la condizione delle donne, anche per l' obbligo imposto ai fratelli di dotarle convenientemente, quante volte la quota toccata alle donne sui beni mobili non fosse stata sufficiente a costituire una dote proporzionata a tutto il patrimonio del defunto.

**124.** Ma la maggior parte dei nostri statuti e delle nostre leggi proclamavano la preferenza dei maschi sulle femmine, alle quali accordavano limitati diritti. Ma anche quanto a questi diritti si osservano molte varietà, delle quali citeremo le più rilevanti, cominciando da quegli statuti e da quelle leggi che accordavano alle figlie in concorso con i maschi diritti più larghi.

Tra tali statuti è quello di Verona il quale alle figlie, che non fossero state dotate dal genitore defunto, o alle quali questi non avesse fatto alcun legato, assegnava una terza parte dell'eredità se vi era un sol figlio ed esse erano due, e la metà se erano tre; che se i maschi erano più di uno, alle figlie toccava la metà della quota spettante ai figli. Infine se il defunto lasciava un sol figlio ed una sola figlia, questa aveva solo il quarto dell'eredità, mentre gli altri tre quarti spettavano al figlio (12). E gli statuti di Trento e di Rovereto alle figlie non dotate assegnavano la metà di ciò che loro sarebbe toccato per diritto comune (13).

Per quasi tutti gli altri statuti, le figlie, in concorrenza con i figli, sempre che non fossero state dotate dal defunto, nel qual caso, qualunque fosse la misura della dote ricevuta, non potevano pretendere altro (14), avevano diritto di essere dotate sia se volevano passare a marito, sia se entrare in monastero, e, fino a tanto che restavano in casa, di essere alimentate decorosamente (15). Ma anche questi statuti variano circa la

(1) *Cons. Panormi*, 43; *Cons. Messan.*, 1; *Cons. Catan.*, 3; *Cons. Castigl.*, 17; *Cons. Noti*, 1; *Cons. Calatag.*, 22, 24; *Cons. Pactar.*, 13; *Cons. Lipar.*, 12, 1, 2; *Cons. Agrig.*, 1.

(2) *Cons. Panormi*, 43; *Cons. Messan.*, 4, 6.

(3) *Cons. Noti*, 15; *Cons. Syrac.*, 6; *Cons. Calatag.*, 33.

(4) *Cons. Syrac.*, 6; *Cons. Calatag.*, 33.

(5) *Cons. Syrac.*, 6; *Cons. Noti*, 11.

(6) Cf. Viollet, op. cit., p. 709.

(7) *Grand Cout. Normand.*, 26; *Cout. de Chartes*, 97.

(8) *Schwabensp.*, 128; *Ruprecht v. Freysing*, I, 107; *Jülicher Landrecht*. (1537); 28, 1-5.

(9) *Stat. Regii*, II, 76; *Stat. Collalto*, I, 25; *Stat. Gen.*, V; Cf. *Stat. Ferrar.*. II, 139.

(10) *Sachsensp.*, I, 20, 7; I, 22, 4, 5; I, 23, 1; I, 27, 1; 2; I, 31, 1; III, 15, 4; *Hallische Weisthum*, 22, 23, 24, 25, 44.

(11) *Stat. Venet.*, IV, 27.

(12) *Stat. Veron.* II, 85.

(13) *Stat. Tridenti*, I, 109; *Stat. Rovereti*, I, 80.

(14) *Stat. Rom.*, I, 145; *Stat. Venet.*, IV, 25; *Stat. Veron.*, II, 85; *Stat. Trident.*, I, 109; *Const. leg. Pis.*, 31; *Stat. Novar.*, 167; *Stat. Belluni*, II, 134; *Stat. Cadubrii*, II, 109; *Stat. Corrigiae*, II, 77; *Stat. Centi*, III, 2; *Stat. Castrinovi*, 144; *Stat. Callii*, II, 65; *Stat. Asti*, XVI, 65; *Stat. Cenetae*, II, 32; *Stat. Lucae*, II, 163; *Stat. Corsica*, I, 44; *Stat. Taurini*, *Stat. Niciae*, *Stat. Montiscal.*, *Stat. Casalis* nei *M. h. p.* Leg. Mun., p. 664, 55, 954, 1530; *Stat. Chieri*, 93; *Cons. Alexandr.*, 7; *Const. Friul.*, 132; *Stat. Valsesia*, 68; *Carta de Logu*, 98; *Stat. Castri Arquati*, IV, 24; *Stat. Terrae Argentae*, p. 75; *Stat. Velitrar.*, II, 23; *Stat. Vall. Siccidae*, I, 68; *Stat. Tuderti*, II, 55; *Stat. Tartii*, p. 27; *Stat. Tarvisii*, II, 3, 2; *Stat. Riperiae*, 171; *Stat. S. Felicis*, II, 31; *Stat. Varisii*, 45; *Stat. Urbini*, 55; *Stat. Corae*, II, 20; *Stat. Genuae*, V, 2.

(15) Cf. Statuti citati alla nota preced., e di più *Stat. Bon.*, 107-108; *Stat. Florent.*, II, 130; *Stat. Gen.*, V, 21; *Cons. Mediol.*, 19; *Stat. Cremon.*, 357; *Stat. Mantuae*, II, 53; *Stat. Mut.*, III, 73; *Stat. Tarv.*, III, 1, 2; *Stat. Cremae*, fol. 63, tergo;

misura della dote da costituirsi alle figlie escluse. Molti vogliono che la dote sia congrua, proporzionata cioè alla condizione sociale ed economica del defunto (1); altri rimettono tale misura alla determinazione di parenti agnati, ed in mancanza di cognati più prossimi, o del magistrato (2); altri dispongono che la dote debba essere eguale alla quota legittima (3), o ad una quota determinata inferiore alla legittima (4).

Ad assicurare la costituzione della dote alle figlie escluse da parte dei fratelli, gli statuti e le leggi hanno varie disposizioni. Alcuni dànno alle figlie, che i fratelli trascuravano dotare, il diritto di dividere l'eredità dei genitori egualmente con questi (5); altri la quota che loro sarebbe toccata per diritto comune (6), od una parte di tale quota, quota o parte che veniva loro assicurata mercè una specie di tacita ipoteca, poichè esse potevano agire con un' azione reale anche sui beni stabili del defunto, alienati dagli eredi maschi (7), e tali beni obbligati potevano essere dati anche *in solutum* (8); altri la legittima ed anche di più a giudizio degli amici comuni (9); altri il doppio della dote che loro sarebbe toccata (10).

Nè gli obblighi dei fratelli verso le sorelle escluse dall'eredità dei genitori od altri ascendenti si limitavano ad alimentarle fino a che erano in casa, ed a dotarle quando volevano passare a marito od entrare in monastero.

Essi dovevano riceversi in casa le sorelle restate vedove ed alimentarle, e tornare a dotarle, se esse volevano passare a seconde nozze od entrare in monastero, ed avevano perduta la prima dote (11); che se, trascorsi sei mesi dalla domanda di una seconda dote, i fratelli si rifiutavano, le sorelle vedove avevano diritto di essere immesse nel possesso dei beni di questi fino alla concorrente quantità del doppio della prima dote (12).

Queste disposizioni miravano a temperare l'ingiustizia della esclusione delle donne dall'eredità dei loro parenti. Le nostre leggi ed i nostri statuti volevano si conservasse i beni aviti nella famiglia, ma vollero anche assicurare alle escluse i mezzi per potersi decorosamente allocare, e di poter vivere in modo confaciente alla loro posizione in casi di rovesci delle famiglie nelle quali le donne escluse fossero entrate col matrimonio. Ed ecco perchè alcuni statuti impongono ai fratelli anche l'obbligo di alimentare le sorelle maritate, i cui mariti si fossero ridotti all'inopia, e le quali non avessero altri mezzi per potersi sostentare (13).

**125.** Il principio della conservazione dei beni aviti nella famiglia, osservato così fortemente nelle legislazioni intermedie, fece sì che, anche nella mancanza di figli maschi, le figlie non avessero l'eredità dei genitori, ma o ne fossero escluse dagli agnati o non l'avessero tutta. Noterò brevemente le varietà che si notano al riguardo nelle leggi che vado esaminando.

Ma prima farò osservare come non mancano statuti e leggi, che in mancanza di figli chiamano le figlie alla eredità dei genitori, ed essi non sono pochi (14). Però tra questi statuti ve ne sono alcuni che pongono distinzione tra nubili e maritate e dotate, e preferiscono a queste ultime gli agnati fino ad un certo grado (15). Anche questa distinzione, come facilmente scorgesi, è un avanzo del diritto germanico, e fondavasi sempre sul principio che le maritate fossero uscite dalla comunione di famiglia, mentre d'altra parte il non avere il genitore disposto in loro favore di tutta la sua sostanza, avendole pur dotate, faceva presumere aver voluto egli conservare i beni agli agnati.

Altri statuti e leggi in mancanza di figli maschi ammettevano le figlie, ma in concorrenza con gli ascendenti, e la quota delle figlie era maggiore o minore secondo che maggiore o minore era il loro numero; così per gli statuti di Bergamo le figlie in concorso col padre o coll'avo del defunto avevano il terzo dell'eredità se una, la metà se due, i due terzi se tre o più (16).

Altri ammettevano in concorso con le figlie non solo gli ascendenti paterni maschi, sibbene anche i fratelli del defunto, ma alle figlie assegnavano la metà, e l'altra metà andava per capi all'ascendente ed ai fratelli. Mancando poi ascendenti, alle figlie spettava un terzo, gli altri due terzi si lucravano dai fratelli paterni del defunto (17).

Altri chiamavano in concorso delle figlie gli agnati fino ad un certo grado, e, solo mancando questi, assegnavano a quelle tutta l'eredità. Così gli statuti d'Albenga e di Bergamo dispongono che, concorrendo con le figlie parenti paterni fino al quarto grado per i primi, fino al quinto per i secondi, l'eredità dovesse dividersi in due parti, delle quali una alle figlie, l'altra agli agnati (18). Ma di questi statuti quello di Albenga pone distinzione tra eredità paterna ed eredità materna; e mentre per la prima detta la disposizione riferita, per la seconda dispone che, in mancanza di figli, l'eredità fosse devoluta in tutto alle figlie (19).

Per gli statuti della Valle di S. Martino poi le figlie erano escluse dai figli e dai nipoti, ma se concorrevano

*Stat. Cesenae*, p. 35; *Stat. Portusnaonis*, cit.; *Stat. Albenga*, p. 227; *Stat. Bergomi*, VI, 9; *Stat. Hadriae*, II, 50; *Stat. Papiae*, 95; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. S. Marini*, II, 64; *Cons. Surrenti*, I; *Consuet. Neap.*, I; *Jus. mun. vicent.*, II, p. 81; *Stat. Vall. S. Martini*, 85; *Stat. Tuderti*, II, 55; *Stat. S. Marini*, II, 64; *Stat. Ravenn.*, III, 12; *Stat. Feltriae*, III, 66.

(1) *Stat. Rom.*, I, 145; *Stat. Flor.*, II, 130; *Stat. Mant.*, II, 53; *Stat. Hadriae*, II, 50; *Stat. Papiae*, 95; *Stat. S. Marini*, II, 64; *Stat. Cremae*, fol. 63, tergo; *Stat. Castri Arquati*, IV, 23; *Stat. Portusnaon.*, II, cit.; *Cons. Mediolan.*, 19; *Cons. Surrenti*, 1; *Cons. Neap.*, 1; *Stat. Belluni*, II, 146.

(2) *Stat. Tarvisii*, II, 3, 2; III, 1, 2; *Stat. Luc.*, II, 16; *Stat. Cenetae*, II, 33; *Stat. Novar.*, 167; *Stat. Centi*, III, 2; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 148; *Stat. Cesenae*, p. 96; *Stat. Albenga*, p. 227; *Stat. Vallis Antigor.*, 9; *Stat. Corsica*, I, 43; *Stat. Tartii*, p. 27.

(3) *Stat. Ferrar.*, II, 139; *Stat. Ravenn.*, 149; *Stat. Callii*, II, 64, 65; *Stat. Aqui*, V, 8; *Stat. Busca*, 111; *Const. Friul.*, 145; *Stat. Cuneo*, 153; *Stat. Valsabbia*, III, 57.

(4) *Cout. d'Aoste*, V, 8, 15; *Const. Moden.*, 1771, II, 14.

(5) *Cons. Neap.*, I; *Cons. Surrenti*, 1.

(6) *Stat. Cremon.*, 357; *Stat. Mirandola*, p. 72.

(7) *Stat. Ferr.*, II, 140; *Stat. Mediol.*, 1, 278.

(8) *Stat. Centi*, III, 2.

(9) *Stat. Cremae*, fol. 63 tergo.

(10) *Stat. S. Felicis*, II, 32.

(11) *Stat. Rom.*, I, 141; *Stat. Florent.*, II, 130; *Stat. Mut.*, III, 73; *Stat. Mediolani*, I, 278; *Stat. Cremae*, cit.; *Stat. Valtell.*, I, 185.

(12) *Stat. Rom. e Med.*, cit.

(13) *Stat. Cremae*, loc. cit.

(14) *Stat. Venet.*, IV, 25; *Stat. Varisii*, 46; *Stat. Cremae*, fol. 63, 64; *Stat. Centi*, III, 2; *Stat. Belluni*, II, 135, 138; *Stat. Genuae*, V, 23; *Stat. Pistor.*, II, 102; *Stat. Vallis Siccidae*, I, 65; *Stat. Vall. Tromp.*, 147, 4; *Stat. Regii*, II, 76; *Cons. Neap.*, I; *Cons. Surr.*, 1; *Sachsensp.*, I, 5, 1.

(15) *Stat. Rom.*, I, 141.

(16) *Stat. Berg.*, VI, 8.

(17) *Stat. Vallis Camonicae*, 341, 342.

(18) *Stat. Albenga*, p. 228; *Stat. Berg.*, VI, 7.

(19) *Stat. Albenga*, cit. Cf. *Stat. Monfestino*, II, 99.

parenti agnati non di pari grado, quelle avevano la metà della quota che avrebbero avuta per diritto civile (1).

Altri statuti posponevano addirittura le figlie agli agnati fino ad un certo grado (2); ma quanto al grado queste leggi variano fra loro. Così, ad esempio, per gli statuti di Portonaone le figlie erano chiamate all'eredità dei genitori, solo quando mancavano ascendenti maschi e paterni e fratelli germani o consanguinei del defunto (3). Ed anche per gli statuti di Monfestino e di Mirandola i fratelli del defunto ne escludevano le figlie (4). Però per gli statuti di Mirandola se i fratelli si rifiutavano dotarle, esse succedevano in tutta l'eredità paterna o materna come succedevano, escludendo i fratelli della defunta nella dote di questa.

Altri escludevano le figlie, quante volte fossero esistiti agnati, anche di gradi più lontani come, ad esempio, quando esistevano figli degli zii, il che avveniva a Bologna, salvo a quelle la legittima (5); ovvero quando esistevano agnati fino al quarto grado inclusivo, come per gli statuti di Castronovo di Scrivia e di Ferrara (6).

**126.** Norme speciali riscontransi negli statuti e nelle leggi intorno alla eredità di quel genitore che aveva figli di più matrimonii; ma queste norme riguardano quasi esclusivamente l'eredità materna.

In alcuni paesi di Francia esisteva una consuetudine per la quale, appena defunto uno dei coniugi, si apriva anche la successione del coniuge superstite. Questi allora restava semplice usufruttuario dei suoi beni, la cui proprietà passava ai figli i modo che, volendo egli passare a seconde nozze, i figli del secondo letto non avevano alcun diritto a quei beni (7).

Per le consuetudini sicule, se il coniuge superstite passava a seconde nozze, portava seco la quota spettantegli nella comunione del primo matrimonio; e, morendo dopo aver avuto figli anche dal secondo, la quota che gli spettava nella comunione di questo si divideva in tre parti, di cui una si lucrava dal coniuge superstite, l'altra dai figli del secondo matrimonio, mentre la terza si divideva tra i figli del primo e quelli del secondo matrimonio, per capi (8).

Alcuni statuti all'eredità del padre avente figli di più matrimoni chiamano tutti i figli, ma fanno eccezione per i beni pervenuti al padre da una delle mogli o da un parente di questa o da un figlio della stessa, ai quali chiamano solo i figli nati da quella moglie e viceversa (9).

La maggior parte delle leggi e degli statuti italiani però prevedevano solo il caso della donna che moriva, lasciando figli di più matrimonii, e dettavano al riguardo disposizioni che variavano nei diversi statuti. Invero o succedevano tutti i maschi ed il marito ed alle figlie era riservata la legittima (10); o l'eredità si divideva per stirpi tra i figli dei diversi matrimoni, compreso il coniuge superstite anch'esso nel numero delle stirpi, e conservandosi tra i figli di ciascun matrimonio la preferenza dei maschi sulle femmine (11); ovvero tutti i figli, senza distinzione, concorrevano per capi all'eredità materna, fatta eccezione per i beni ricevuti dalla defunta in donazione da uno dei coniugi, ai quali succedevano i soli figli del donante (12); ovvero si faceva distinzione tra la dote e gli altri beni costituenti l'eredità materna, e nella prima venivano chiamati i figli dell'ultimo matrimonio, riservata a quelli del primo o dei primi una quota minore o la legittima, mentre nei secondi erano chiamati egualmente tutti i figli della defunta (13). Che anzi, alcuni statuti, non essendovi figli dell'ultimo matrimonio, assegnavano al marito superstite la quota che sarebbe toccata ai figli di lui (14).

Altri statuti, pur facendo distinzione tra dote e beni parafernali, disponevano che in questi succedessero i soli maschi di tutti i matrimonii per capi, nella prima succedessero egualmente i maschi e le femmine (15).

**127.** Innanzi si è detto come coloro che entravano in monastero erano da alcune leggi dichiarati incapaci ed esclusi dalla successione dei loro genitori. Però, e lo si è già innanzi osservato, altre leggi li ammettevano a tale successione ma in modo limitato.

Invero alcune leggi li escludevano, solo quando concorrevano figli laici o collaterali più prossimi al defunto, come fratelli e loro figli (16); altre solo se concorrevano figli o figlie e loro discendenti (17); altre furono più larghe, ed anche in concorso con figli laici concessero loro la quota legittima, e li ammisero egualmente alle sorelle loro, quando mancavano fratelli laici (18); altre, nella coesistenza di figli laici, figli religiosi e figlie, disposero che l'eredità si dividesse egualmente tra tutti i figli senza distinzione di sesso, ma che la quota toccante alle figlie si accrescesse ai fratelli laici, che però erano tenuti a dotarle (19).

Alla condizione dei religiosi alcune leggi eguagliarono quella degli ecclesiastici o chierici, i quali per le stesse ricevevano quindi nella successione ai loro ascendenti il medesimo trattamento dei monaci, come per lo statuto Bolognese e pel Pisano (20); che anzi tra gli statuti più antichi ve n'è qualcuno che esclude totalmente i chierici in concorso con fratelli laici, quando quelli avevano un beneficio sufficiente ai loro bisogni (21).

In Germania il figlio chierico concorreva egualmente con i figli laici, ma, mancando questi, con lui concorrevano anche le figlie (22). Ciò per lo specchio sassone; per lo specchio svevo divideva egualmente con gli altri figli gli immobili, ma, nella divisione dei mobili, gli si

(1) *Stat. Vall. S. Martini*, 84.
(2) *Hallisches Weisthum*, § 20, 21.
(3) *Stat. Portusnaon.*, loc. cit.
(4) *Stat. Monfestino*, II, 86; *Stat. Mirandola*, p. 73.
(5) *Stat. Bon.* 109.
(6) *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 151; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Confr. Const. Foroiulii*, 145.
(7) *Cout. de Lorris-Orleans* in de la Thaumissière, *Cout. loc. de Berry et celles de Lorris*, 168, p. 453; *Cout. de Lorris-Montargis* (1531), 13, 2. Questa consuetudine venne abolita col decreto dell'8-11 aprile 1792.
(8) *Cons. Mess.*, 7; *Cons. Catan.*, 21; *Cons. Noti*, 2; *Cons. Pactar.*, 17; *Cons. Lipari*, 13; *Cons. Agrig.*, 4.
(9) *Stat. Sassuolo*, II, 87; *Stat. Ravenn.*, III, 15.
(10) *Stat. Vall. Camonicae*, 338, 340.
(11) *Stat. Bon.*, 112.
(12) *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Genuae*, I, 23; *Stat. Albenga*, p. 229; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 153; *Stat. Berg.*, VI, 10; *Cons. Surrenti*, 6; *Cons. Neap.*, 6, 2.
(13) *Stat. Cremon.*, 359; *Stat. Luc.*, II, 211; *Stat. Corrig.*, II, 76.
(14) *Stat. Cremae*, fol. 62 tergo e 63; *Stat. Corrig.*, II, 76; *Stat. Monfestino*, II, 99.
(15) *Stat. Vall. Trompia*, 146, 3 e 147, 2; *Stat. Vall. Camonicae*, 340.
(16) *Stat. Venet.*, II, 31.
(17) *Stat. Veron.*, II, 83.
(18) *Const. legis Pis.*, 35.
(19) *Stat. Bon.*, 108.
(20) *Stat. Bon.*, 108; *Const. leg. Pis.*, 35.
(21) *Stat. Veron.* (1228), 45. Questa disposizione venne abolita nello Statuto del 1450 sopra citato, nel quale è contemplato solo il caso di figli monaci in concorso con figli laici o figlie.
(22) *Sachsensp.*, I, 5, 1; I, 17, 1;

dava tanto di meno per quanto equivaleva al provento che egli ricavava dal beneficio di cui era investito (1).

In Francia, nella maggior parte dei costumi, era posta come regola la incapacità dei monaci e delle monache, i quali quindi venivano esclusi da ogni successione, ritenendosi come morti civilmente (2). Al principio della rivoluzione la incapacità dei religiosi fu mantenuta, anche quando essi fossero usciti dal monastero (3); poi la capacità di succedere fu concessa loro (4), e finalmente fu tolta ogni distinzione fra laici e religiosi, i quali quindi addivennero capaci e potettero concorrere all'eredità dei loro genitori egualmente con gli altri figli (5).

128. II. L'ordine degli ascendenti per i nostri statuti e per le nostre leggi veniva immediatamente dopo quello dei discendenti, in modo che, mancando figli del defunto e loro discendenti, erano chiamati gli ascendenti.

Questo principio veniva applicato in tutta la sua interezza in quei paesi dove proseguiva ad imperare il diritto romano o puro, o tradotto nelle consuetudini.

Così nei paesi di diritto scritto in Francia la successione degli ascendenti era regolata secondo la novella 118 di Giustiniano (6). Ed in quei paesi germanici dove era posta eguaglianza tra figli e figlie, gli ascendenti non venivano chiamati se non in mancanza dei discendenti, e nell'eredità ascendentale il padre e la madre erano posti nella medesima posizione (7).

Per le consuetudini sicule in generale gli ascendenti venivano chiamati solo in mancanza di discendenti, tanto che anche la figlia dotata, la quale per alcune di quelle consuetudini era esclusa dalla successione dei genitori in concorso con figli e figlie nubili, veniva chiamata a preferenza degli ascendenti, mancando figli maschi e figlie nubili e discendenti di quelli (8). Per le stesse consuetudini il padre e la madre ricevevano eguale trattamento nella successione ai loro figli premorti, e cioè dividevano egualmente l'eredità (9), disposizione che si legge anche nella *Carta de Logu* di Eleonora, giudicessa di Arborea, ed in qualche altro statuto (10). Ma per le consuetudini sicule, se esisteva uno solo dei genitori, allora o, pel sistema della comunione vigente in quelle città, col genitore superstite concorrevano gli ascendenti od i parenti del genitore predefunto, i quali avevano una quota eguale od una quota minore il terzo dell'eredità) (11), sicchè non osservavasi la massima romana: *prior in gradu potior in successione*; ovvero, per l'altro principio ammesso anche da alcune di quelle consuetudini, che cioè i beni stabili dovessero ritornare a quella linea d'onde erano pervenuti (*paterna paternis, materna maternis*), mentre i beni mobili, pel principio della comunione, si dividevano tra il genitore superstite e i parenti più prossimi del genitore predefunto, gli stabili ritornavano al genitore superstite od ai parenti del predefunto, secondo che provenivano da quello o da questo. Per qualche statuto però dei beni stabili, che dovevano ritornare ai parenti del genitore predefunto era riservato l'usufrutto al genitore superstite qualora fosse il padre (12).

Ma le consuetudini sicule, come la maggior parte degli altri statuti e leggi, ammettevano in concorso coi genitori anche i fratelli del defunto, ed allora la eredità, come vedrassi, era regolata diversamente (13), quantunque non manchino statuti che pospongono il padre e l'avo ai fratelli ed ai nipoti di fratelli (14).

Per la maggior parte degli altri statuti e leggi la esclusione degli ascendenti per opera dei discendenti verificavasi, solo quando esistevano discendenti maschi della linea mascolina, poichè in concorso di discendenti femmine e della linea femminile gli ascendenti erano preferiti (15); od almeno erano ammessi in concorso con esse (16), avendo una quota maggiore o minore, secondo il numero delle discendenti che concorrevano (17), oppure l'usufrutto della metà del patrimonio ereditario (18) o di tutto (19).

Ma il principio stesso che aveva dettato quelle disposizioni, per le quali le figlie ed i loro discendenti venivano esclusi dai figli e dai loro discendenti maschi, dettò una medesima disposizione per le ascendenti e per gli ascendenti della linea femminile (20), che per non pochi statuti venivano esclusi anche dai parenti agnati fino ad un certo grado (21). Ma le ascendenti e gli ascendenti esclusi avevano diritto agli alimenti, ovvero all'usufrutto della quota che loro sarebbe toccata per diritto comune, usufrutto che si perdeva dalle ascendenti che passavano a seconde nozze (22).

Queste norme colpivano, come le altre ascendenti, così la madre, la quale ancor essa veniva esclusa totalmente dalla successione dei figli, anche quando mancassero discendenti (23).

Ma non mancano statuti e leggi posteriori, le quali provvedono a che la madre, nella successione dei figli, avesse quanto fosse sufficiente a decorosamente mantenersi. Alcuni di essi le assegnano, in concorso con certi parenti, gli alimenti (24); altri l'usufrutto della quota che alla stessa sarebbe toccata per diritto comune, usufrutto che perdeva passando a seconde nozze (25); altri

(1) *Schwabensp.*, 5.
(2) *Cout. de Berry*, de success. ab intest., 36, 37, 38. Delalande, *Cout. d'Orléans*, II, p. 83-86, ecc.
(3) *Decreto 20 febbraio-26 marzo 1790.*
(4) *Decreto 19-26 marzo 1790.*
(5) *Decreti 5 brum. an. II*, art. 4 e *17 nevoso, an. II*, art. 3, 4, 5.
(6) Cf. Viollet, op. cit., p. 72.
(7) Cf. Walter, *Deutsche Rechtsgesch.*, § 585.
(8) *Cons. Syrac.*, 6; *Cons. Calatag.*, 33.
(9) *Cons. Messan.*, *9*; *Cons. Pactar.*, 33.
(10) *Carta de logu*, 99; *Stat. di Parenzo*, II, 81.
(11) *Cons. Catan.*, 11; *Cons. Syracus.*, 14.
(12) *Cons. Messan.*, 10; *Cons. Noti*, 6; *Cons. Pactar.*, 27; *Cons. Lipar.*, 18, 1, 2; *Cons. Agrig.*, 9.
(13) *Cons. Calatag.*, 29; *Cons. Syracus.*, 9; *Cons. Catan.*, 9.
(14) *Stat. Varisii*, 46.
(15) *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Portusnaon.*, loc. cit.; *Stat. Castrinovi Scripp.*, 151; *Stat. Centi*, III, 3.
(16) *Stat. Vallis Camonicae*, 341.
(17) *Stat. Bergami*, VI, 8.
(18) *Leg. Mun. Pistor.*, II, 102.
(19) *Stat. Varisii*, 46.
(20) *Stat. Bon.*, 109; *Stat. Mediol.*, I, 302, 303; *Stat. Cremon.*, 359; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Vallisoldi*, 24; *Stat. Cremae*, fol. 63; *Stat. Corrigiae*, 78, 79; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 149; *Stat. Castri Arquati*, IV, 26; *Stat. Belluni*, II, 144; *Stat. Brixiae*, 194; *Stat. Monfestino*, II, 103.
(21) *Stat. Albenga*, p. 230; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 149, 152; *Stat. Castri Arquati*, *Stat. Cremonae*, *Stat. Mediol.*, cit., ecc.
(22) *Stat. Bon.*, 109; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Mediol.*, I, 302, 303; *Stat. Cremae*, fol. 63; *Stat. Corrigiae*, II, 73; *Stat. Centi*, III, 3, ecc.
(23) *Stat. Valtell.*, I, 186; *Stat. d'Asti*, XVI, 92.
(24) *Stat. Hadriae*, II, 59; *Stat. Albenga*, p. 230; *Stat. Sorisii*, 45; *Stat. Paduae*, *1682*, p. 180; *Stat. Bergomi*, VI, 20.
(25) Cf. Stat. cit. a nota 22 e *Stat. Castri Arquati*, 10, 26; *Stat. Biandrate*, 281.

l'usufrutto di una parte maggiore ed anche di tutta la eredità, specie se conviveva cogli eredi; che se la convivenza non era possibile, le si assegnava soltanto l'usufrutto della metà (1). E spesso la quota di usufrutto variava secondo che i parenti coi quali concorreva erano di grado più o meno prossimo (2).

Altri assegnavano alla madre addirittura una quota dell'eredità in concorso con altri parenti, ma questa quota variava grandemente, e dove consisteva nel terzo (3), dove nella legittima (4), dove in una parte di ciò che le sarebbe toccato per diritto comune (5), dove nell'ottava parte (6), e dove nella decima parte dell'eredità, purchè questa parte non superasse un dato valore, p. es., 500 lire, non avendo sul di più la madre alcun diritto (7); altrove nella ventesima parte, cioè nel 5 °[o (8); altrove infine la quota da assegnarsi alla madre era rimessa all'arbitrio dell'autorità (9).

Questa esclusione o queste limitazioni avevano vigore, fino a quando con la madre concorrevano agnati di certi gradi, da computarsi secondo il diritto canonico più frequentemente e qualche volta secondo il diritto civile, poichè, mancando parenti di tali gradi, la madre raccoglieva l'eredità. Ma anche quanto a questi gradi le più grandi varietà si osservano. Che anzi, mentre alcuni statuti dispongono che, mancando ascendenti maschi e paterni, e parenti paterni fino al secondo, al terzo, al quarto e financo al settimo ed ottavo grado, la madre acquistasse l'eredità (10); altri dispongono, che, mancando certi parenti più prossimi, la madre conseguisse una parte della eredità, ad esempio la legittima, mentre al resto fossero chiamati i parenti più prossimi (11); ed altri ammettono la madre a dividere con certi parenti, come le sorelle del defunto, ovvero con il proavo e con gli zii del defunto (12). Ma, per questi ultimi, ordinariamente, e per quelli che assegnavano sempre alle ascendenti una quota, queste perdevano tale diritto quando fossero passate a seconde nozze, e dovevano restituire la quota quando si rimaritavano dopo aperta la successione (13).

Infine è uopo osservare che per molti statuti la posizione dell'ava paterna era simile a quella della madre.

Queste norme, come può rilevarsi dal numero degli statuti citati, avevano vigore nella maggior parte d'Italia. Vi erano però luoghi, dove nella successione degli ascendenti, e più nella successione dei collaterali si faceva distinzione tra beni pervenuti al defunto dalla linea paterna e beni pervenuti dalla materna; e per beni della linea paterna s'intendevano quelli che il defunto aveva ricevuti dal padre o dai parenti paterni, per beni della linea materna tanto quelli che al defunto erano pervenuti per mezzo della madre, quantunque questa li avesse ricevuti dal marito in occasione delle nozze, quanto quelli pervenuti dai parenti materni (14). Più innanzi si è visto quale applicazione avesse nelle consuetudini sicule la massima *paterna paternis, materna maternis*. Per qualche statuto è detto chiaramente che il padre succedesse nei beni della linea paterna, la madre in quelli della linea materna (15). Altre leggi contemplano il caso di successione collaterale nell'applicare la suddetta regola, e tra queste le consuetudini di Napoli. Però queste consuetudini s'interpretarono anch'esse nel senso che ciascun genitore succedesse nei beni pervenuti al figlio defunto dalla propria linea, e questa interpretazione venne fermata dal così detto Patto di Capuana e Nido, pel quale gli sposi anticipatamente rinunziavano ciascuno ai beni provenienti dall'altro, e che per caso dalla successione di un figlio potessero a ciascuno toccare (16).

Invece nelle consuetudini di Sorrento è detto espressamente, che morto un figlio dopo la morte della madre, restando vivo il padre « omnia bona mobilia et stabilia materna pertineant et sint de legitimis successoribus seu successore matris dicti decedentis » e viceversa se il figlio premoriva alla madre, dopo morto il padre (17).

Nei paesi di diritto consuetudinario in Francia i genitori succedevano egualmente, se si fa eccezione della Normandia e di qualche altro luogo (18); ma nella maggior parte di quei paesi aveva luogo la massima: *propres ne remontent pas*, la quale equivaleva all'altra: *paterna paternis, materna maternis*, e per essa il padre non succedeva nei beni pervenuti al figlio premorto dalla madre o dai parenti materni e viceversa (19). Per la Francia è degno di nota un tentativo legislativo col quale si volle estendere la detta regola anche ai paesi di diritto scritto: nel 1567 invero si pubblicò un editto, che si disse *Édit des mères* e che dispose non poter la madre succedere nei beni pervenuti al figlio predefunto dal padre o dai parenti paterni, beni che dovevano andare ai più prossimi agnati. A questo editto doveva seguire l'*Édit des pères*, ma la resistenza incontrata dal primo, che venne condannato da molti parlamenti, non solo impedì la promulgazione del secondo, ma indusse il legislatore nel 1729 a revocare l'editto del 1567 (20).

La norma: *propres ne remontent pas* non era applicabile ai mobili ed ai beni acquistati dal defunto, alla successione dei quali le consuetudini chiamavano egualmente i genitori, salvo in Normandia dove il padre escludeva la madre (21). Ma vi furono alcuni costumi che ai mobili ed agli acquisti chiamavano egualmente i geni-

(1) *Stat. Parmae, 1494*, I, 84; *Stat. Vigevan.*, 136; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Bon.*, 109.

(2) *Stat. Vall. Camonicae*, 346.

(3) *Stat. Paduae*, II, 6.

(4) *Stat. Vissi*, II, 35; *Stat. Rovereti*, I, 81.

(5) *Ius. Munic. Vicentinum*, p. 183; *Stat. Veronae*, II, 87.

(6) *Stat. Tuderti*, II, 56.

(7) *Stat. Vallis Siocidae*, I, 66; *Stat. Novara*, 209; *Stat. Galliati*, 113; *Stat. Vall. Antigor.*, 24.

(8) *Stat. Biandrate*, 112.

(9) *Stat. della Riviera di S. Giulio*, 56.

(10) *Stat. Vissi*, II, 35; *Stat. Lucae*, II, 8; *Stat. Cremon.*, 359; *Stat. Flor.*, II, 130; *Const. legis Pis.*, 36; *Cons. Alexandr.*, 3; *Stat. Mutin.*, III, 73; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Belluni*, II, 144; *Stat. Albenga*, p. 230; *Stat. Hadriae*, II, 59; *Stat. Tortonae*, 59; *Stat. Vigev.*, 136; *Stat. Soris.*, 45; *Stat. Parm.*, 1255, p. 246; *Stat. Cremae*, fol. 63; *Stat. Corrigiae*, II, 79; *Ius. Municip. Vicent.*, p. 181; *Stat. Mediol.*, 302.

(11) *Stat. Trident.*, I, 110; *Stat. Saluzzo*, 236; *Stat. Valle Trompia*, 147; *Stat. Papiae*, 94; *Stat. Torton.*, 59; *Stat. Romae*, I, 146; *Stat. Cadubrii*, add. 39; *Stat. Ravennae*, 138; *Stat. Voghera*, 123; *Stat. Boves*, 57; *Stat. Mondovì*, 71; *Stat. Cuneo*, 513, 514; *Stat. Fossano*, 14; *Cost. Moden.*, II, 36, 5; *Cost. Piem.*, V, 7, 5.

(12) *Cons. Alexandr.*, 3 (con fratelli o sorelle uterine); *Legge fiorentina* del 1620 in *Cont.*, XV, 156; *Stat. Saluzzo*, 236; *Stat. Trident.*, I, 110; *Stat. Riperiae*, 170.

(13) *Stat. Paduae*, II, 8, 6; *Leg. munic. Pistor.*, II, 102.

(14) *Stat. Iustinopol.*, II, 16.

(15) *Stat. Iustinopol.*, II, 16.

(16) Maffei, *Inst. iur. civ. neap.*, II, 44.

(17) *Cons. Surrenti*, 44.

(18) Viollet, op. cit., p. 728.

(19) *Cout. de Paris*, 312; *Cout. de Chartres*, VIII, 13.

(20) Cf. Viollet, op. cit., 729-30.

(21) Loisel, *Inst. Coutum.*, II, 5, 16; Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, XIV, 23, 24; *Cout. de Normandie*, 241, 325.

tori ed i figli (1), mentre altri davano ai genitori l'usufrutto degli immobili e la proprietà dei mobili (2).

Nella Germania per alcune leggi ebbe vigore il principio della preferenza del padre sulla madre (3); e per altre i due genitori avevano un trattamento eguale (4); ma anche in Germania si adottò il principio *paterna paternis, materna maternis*, come dimostrano le fonti medioevali tedesche (5).

**129.** III. Il terzo ordine era quello dei collaterali; ma tra i collaterali i più prossimi ed i primi chiamati erano i fratelli, i quali per alcune leggi e consuetudini concorrevano egualmente con le sorelle (6), norma che costituiva la regola nei paesi di diritto scritto in Francia (7) e che seguivasi anche in alcuni paesi germanici (8). Per la maggior parte però delle nostre leggi i fratelli escludevano le sorelle, le quali avevano sempre diritto ad essere alimentate, e nel caso dotate decorosamente (9), e solo per alcuni statuti lucravano la metà della quota che sarebbe loro toccata per diritto romano (10). Alcuni statuti però fanno distinzione tra la eredità di un fratello e quella di una sorella; e mentre nella prima dànno la preferenza ai maschi, per la seconda si rimettono al diritto comune (11); altri distinguono le cose pervenute al fratello defunto dal padre, alle quali chiamano i soli fratelli, dai beni pervenuti dalla madre, ai quali i fratelli e le sorelle succedevano secondo il diritto comune (12).

In mancanza di fratelli alcuni statuti chiamano le sorelle (13) in concorso con le figlie del premorto fratello (14), e per qualche statuto anche in concorso dei figli dei fratelli premorti (15). Qualche altro, le chiama solo in mancanza di fratelli e loro discendenti e di ascendenti (16). Altri le pospongono agli agnati più prossimi, assegnando loro gli alimenti e la dote soltanto; altri le chiamano in concorso con gli agnati, assegnando alle stesse una quota dell'eredità che variava secondo gli statuti e secondo il numero delle sorelle, come sarà più opportunamente veduto in prosieguo.

Queste norme valevano per i fratelli e per le sorelle germani, e per la maggior parte delle nostre leggi anche per i consanguinei (17), quantunque non manchino leggi che preferiscono i germani non soltanto agli uterini, ma ancora ai consanguinei (18).

Nel concorso poi di fratelli consanguinei ed uterini molte leggi danno, senza alcuna distinzione di beni, la preferenza ai primi sui secondi (19).

Altre distinguono i beni paterni dai materni, e nei primi chiamano egualmente i germani ed i consanguinei, nei secondi danno la preferenza ai germani, e, questi mancando, alle sorelle germane contro i consanguinei e gli uterini (20). Mancando poi germani, e restando in concorso consanguinei ed uterini, i primi solamente succedevano nei beni pervenuti al defunto nella linea paterna, i secondi concorrevano con i primi nei beni pervenuti dalla linea materna, senza distinzione di sesso, e secondo qualche statuto per stirpi (21). Quanto poi alla successione nei beni mobili e negli acquisti fatti dal defunto, per alcuni statuti erano preferiti i germani tanto ai consanguinei quanto agli uterini (22); ed in mancanza di germani i consanguinei (23); per altri i germani, i consanguinei e gli uterini concorrevano egualmente (24).

Ma gli uterini non erano solamente posposti ai fratelli germani ed ai consanguinei, sibbene ancora agli ascendenti della linea paterna ed agli agnati di grado più o meno prossimo, secondo le varie legislazioni e secondo l'origine dei beni ereditarii. Invero mentre alcune preferiscono gli agnati fino al terzo grado, ed altre fino al quinto, altre preferiscono gli uterini solamente al fisco; e quanto all'origine dei beni, si faceva distinzione tra beni paterni e beni mobili ed acquistati dal defunto, e nei primi gli uterini erano chiamati, solo mancando agnati di un grado determinato, nei secondi mancando fratelli consanguinei e loro figli e nipoti di amendue i sessi e sorelle consanguinee e loro figli o figlie (25). Non mancano però statuti che, concorrendo gli uterini con gli agnati, assegnano ai primi il terzo dell'eredità (26).

I fratelli però potevano succedere da soli, e potevano concorrere con il padre e gli ascendenti della linea paterna. Nel primo caso valevano le norme finora esposte; nel secondo stava il principio che il padre od altro ascendente della linea paterna dovesse dividere egualmente la eredità con i fratelli (27). Non mancano però statuti e leggi che preferiscono gli ascendenti maschi paterni ai fratelli del defunto (28), ed altri che accordano agli ascendenti maschi paterni l'usufrutto di tutto il patrimonio ereditario, ed ai fratelli la nuda proprietà (29);

(1) *Cout. de Ribemont*, 67; *Cout. du Duché de Bourgogne*, VII, 14; *Cout. du Bourbonnois*, 314.
(2) *Cout. du Berry*, XIX, 4.
(3) *Sachsensp.*, I, 17, 1; *Hallische Weisthum.*, 33.
(4) *Goslar Statut.*, p. 2.
(5) *Schwabensp.*, 14, 148, 275; *Keyserrecht*, II, 95; *Bergische Landrecht* (1350 circa), 22; *Leg. feud. Tecklenburg*, 13.
(6) *Cons. Catan.*, 9; *Cons. Syrac.*, 9; *Cons. Noti*, 18.
(7) Viollet, op. cit., p. 730.
(8) *Rechtsbuch von Eisenach*, I, 12.
(9) *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Bon.*, 109; *Stat. Cremae*, fol. 61; *Stat. Corrigiae*, II, 78; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Castri Arquati*, IV, 23; *Stat. Belluni*, 145; *Stat. Albenga*, p. 228, ecc.
(10) *Stat. Rovereti*, I, 82; *Stat. Trident.*, 109, 110.
(11) *Stat. Cremae*, fol. 64.
(12) *Stat. Centi*, III, 3.
(13) *Cons. Neap.*, 1, 2; *Const. Surr.*, 1; *Stat. Mirandola*, p. 74.
(14) *Cons. Mediol.*, 19; *Const. leg. Pis.*, 35, *Stat. Mediol.*, I, 286.
(15) *Stat. Ven.*, IV, 27; *Stat. Valtellina*, I, 186; *Stat. Formazza*, 21.
(16) *Stat. Corsica*, I, 43; *Stat. Varisii*, 46.
(17) *Stat. Ravenn.*, III, 11; *Stat. Papiae*, 93; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Cremon.*, 360; *Stat. Vall. S. Martini*, 89; *Stat. Berg.*, VI, 21; *Stat. Portusnaon.*, II, de succ. ab int.; *Stat. Belluni*, II, 145; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Corrig.*, II, 78; *Stat. Vall. Camon.*, 345.
(18) *Stat. Brixiae*, 134; *Leg. munic. Pistor.*, II, 105; *Cons. Catan.*, 9; *Cons. Syrac.*, 9; *Cons. Noti*, 18.
(19) *Stat. Bonon.*, 109; *Stat. Florent.*, II, 130; *Stat. Venet.*, Legge 7 settembre 1586.
(20) *Stat. Valle Trompia*, 147, 5; *Stat. Vallis Camon.*, 345; Napodanus, *ad cons. neap. Si quis vel si qua, n.* 1242; *Stat. Brixiae*, 194; *Stat. Rovereti*, I, 82; *Stat. Riperiae*, 770; *Stat. Varisii*, 46.
(21) *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Centi*, III, 3.
(22) Guy-Coquille, *Instit. au droit des François*, Paris 1623, p. 417.
(23) *Const. leg. Pis.*, 35.
(24) *Cout. de Paris*, 340; *Cout. di Sens.*, 84; *Cout. d'Auxerre*, 63; *Cout. de Melun*, 260; *Cout. de Vitry*, 83.
(25) *Cons. Alex.*, 3; *Stat. Florent.*, II, 130; *Stat. Veneti*, Legge cit.; *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Albenga*, p. 229.
(26) *Stat. Rovereti*, I, 82.
(27) *Cons. Catan.*, 9; *Cons. Syrac.*, 9; *Cons. Noti*, 18; *Stat. Venet.*, IV, 27; *Stat. Corrigiae*, II, 78; *Stat. Feltriae*, III, 66; *Const. Patr. Foroiulii*, 145; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Belluni*, II, 144; *Stat. Portusnaonis*, II, de succ. ab intest.; *Stat. Brixiae*, 194; *Stat. Paduae*, II, 8, 3; *Leg. munic. Pistor.*, II, 102.
(28) *Stat. Ferr.*, III, 139; Cf. *Costituzioni Moden.*, II, 31; *Sachsensp.*, I, 17, 2; *Hallisches Weisthum.*, 27.
(29) *Stat. Albenga*, p. 228.

ed altri ancora che chiamano egualmente il padre e le sorelle in mancanza di fratelli, ma danno al primo tutto l'usufrutto (1); ed altri infine che preferiscono il padre ai fratelli, e con questi fanno concorrere l'avo, al quale assegnano la metà del patrimonio ereditario, restando l'altra metà ai fratelli ed ai figli di fratelli (2).

Alcuni altri statuti e leggi fanno distinzione tra padre, avo e proavo, e mentre in concorso del padre chiamano solamente i fratelli, in concorso dell'avo chiamano, in mancanza di fratelli, le sorelle e le figlie dei fratelli premorti; e col proavo, in mancanza di fratelli germani e consanguinei, ammettono in concorso le sorelle e le figlie delle sorelle premorte (3).

Da quanto si è detto è facile rilevare come il padre escludesse le sorelle del defunto; però non mancano leggi che distinguono i beni paterni dai materni, ed in questi ultimi chiamano egualmente il padre e le sorelle del defunto, come le figlie dei fratelli (4).

Quanto alla madre, quelle leggi che conservarono più fedelmente la tradizione del diritto romano, le fanno il medesimo trattamento che al padre, concorrendo con i fratelli (5); altre ammettono egualmente con i fratelli la madre, solo quando ella non sia passata a seconde nozze (6); altre le assegnano la legittima (7). Quanto alle altre legislazioni si è già visto innanzi quale trattamento facessero alla madre in concorso con i fratelli.

Queste norme valevano solamente per i fratelli germani e consanguinei, non per gli uterini, i quali, come si è visto, erano esclusi dagli ascendenti paterni. Gli uterini erano ammessi a concorrere soltanto con la madre comune, con la quale dividevano egualmente la eredità (8).

Infine quanto alla successione dei fratelli e delle sorelle in concorso con gli ascendenti pongasi mente a ciò: che negli statuti, i quali non fanno distinzione tra fratelli e sorelle, tutti concorrevano con l'ascendente sia paterno sia materno; negli altri il concorso era per i soli fratelli e con i soli ascendenti maschi della linea paterna, poichè le ascendenti e gli ascendenti materni erano posposti ai fratelli.

**130.** Mancando fratelli ed ascendenti, succedevano gli altri collaterali con preferenza dei maschi sulle femmine e degli agnati sui cognati, ancorchè e quelle e questi fossero di grado più prossimo (9). Però si faceva per molte leggi distinzione tra le sorelle e le altre agnate, ed alle prime si assegnavano dei diritti che non potevano affacciare le seconde. Avverto poi che io non intendo qui parlare di quelle leggi che chiamano le sorelle in concorso con i fratelli od in concorso con le figlie o con i figli dei fratelli.

Per alcune leggi adunque le sorelle escluse dagli agnati avevano diritto ad una quota più o meno vasta dell'eredità, secondo il grado in cui si trovavano gli agnati concorrenti ed il numero delle sorelle, come, ad esempio, alla metà, al terzo od al quarto. E queste leggi, che più favorivano le sorelle, erano quelle che ammettevano il concorso solo di agnati in grado molto prossimo al defunto come, ad esempio, di zii paterni o di cugini, mancando i quali, tutta l'eredità era devoluta alle sorelle del defunto (10). Altre, pur assegnando alle sorelle una quota dell'eredità, chiamano con esse gli agnati fino al terzo, o fino al quarto grado canonico ed anche agnati di grado più lontano (11).

Altre leggi, favorendo meno le sorelle in concorso con agnati, assegnano loro la legittima o una parte di quella quota che loro sarebbe toccata per diritto civile (12); altre, infine, assegnano agli agnati tutta l'eredità, ma impongono loro l'obbligo di regolarmente dotare le sorelle del defunto e di alimentarle fino a tanto che non passavano a marito, se la convivenza era possibile: che se la convivenza era impossibile, le sorelle del defunto avevano diritto all'usufrutto di una parte della quota che loro sarebbe toccata per diritto comune (13).

Non mancano poi statuti che alle sorelle equiparano le figlie del fratello, ed altri che equiparano loro la zia del defunto per ciò che riguarda il trattamento in concorso con agnati di certo grado (14); nè altri che chiamano le agnate, in concorso con agnati di grado più lontano, ad una parte dell'eredità maggiore o minore secondo che le agnate erano più o meno prossime al defunto (15); nè infine altri che, mancando agnati fino ad un certo grado, p. es. al quarto, chiamano le zie e le figlie di fratelli in concorso con gli altri agnati, assegnando alle stesse una quota, ad es., il terzo dell'eredità (16).

Ma per la maggior parte delle nostre leggi, le agnate collaterali venivano escluse dalla successione dagli agnati, ancorchè di grado più lontano, con l'obbligo in questi di alimentarle e dotarle, quando non fossero state precedentemente dotate; obbligo imposto anche agli agnati, che escludevano totalmente le agnate del medesimo grado (17).

Se le donne agnate venivano escluse dai maschi, tanto

(1) *Stat. Paduae*, II, 8, 2; *Stat. Varisii*, 46.

(2) *Stat. Riperiae*, 170.

(3) *Const. leg. Pis.*, 35.

(4) *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Centi*, III, 3.

(5) *Cons. Catan.*, 9; *Cons. Syrac.*, 9; *Cons. Noti*, 18; tale trattamento riceveva pure nei paesi di diritto scritto in Francia.

(6) *Stat. Saluzzo*, 236.

(7) *Stat. Rom.*, I, 146; *Stat. Trident.*, I, 110.

(8) *Cons. Alex.*, 3.

(9) *Stat. Bon.*, 109; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Florent.*, II, 126; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Castrinovi Srippiae*, 149; *Stat. Bergomi*, VI, 7; *Stat. Vallisoldi*, 24; *Stat. Vall. Siccidae*, I, 65; *Ius. Munic. Vicent.*, p. 184; *Stat. Vall. S. Martini*, 84; *Stat. Vall. Camon.*, 344; *Stat. Vercell.*, 152; *Stat. Livorno*, I.

(10) *Stat. Cremae*, fol. 64, la metà od i due terzi secondo che una o più in concorso con agnati fino al quarto grado civile; *Stat. Centi*, III, 3, concorrendo con zio paterno dividevano egualmente, mancando lo zio lucravano tutto; *Stat. Valle Trompia*, 147, 7, il terzo concorrendo con cugini; *Stat. Paduae*, II, 8, 6, il terzo concorrendo con parenti fino al terzo grado.

(11) *Stat. Albenga*, p. 227, la metà in concorso con parenti fino al quarto grado; *Stat. Bergomi*, VI, 7, il terzo concorrendo parenti fino al quinto grado; *Cost. Moden.*, II, 34, 6, la metà concorrendo con parenti fino al quarto grado; *Stat. di Milano*, I, 190, concorrendo con parenti fino al quarto grado, il terzo o la metà secondo che una o più.

(12) *Stat. Vall. S. Martini*, 84, il terzo di tale quota, concorrendo agnati fino al quinto grado.

(13) *Stat. Corrigiae*, II, 78, concorrendo agnati fino al terzo grado canonico; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 150, fino al quarto grado incluso. Lo stesso per gli *Stat. Trento*, I, 109 e 111; *Stat. Cenetae*, II, 36; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Const. leg. Pis.*, 35.

(14) *Stat. Centi*, III, 3, le figlie di fratelli; Id. *Cost. Moden.*, II, 34, 6; *Cons. Med.*, 19 la zia.

(15) *Stat. Bergomi*, VI, 8; *Stat. Veronae*, II, 89.

(16) *Stat. Cremae*, fol. 64, tergo.

(17) *Stat. Cremae*, fol. 74, tergo; *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Centi*, III, 3; *Stat. Belluni*, II, 146; *Stat. Bergomi*, VI, 9; *Stat. Vall. S. Martini*, 85; *Stat. Ferr.*, II, 139; *Stat. Florent.*, II, 126; *Stat. Paduae*, II, 8, 4.

e più fortemente gli agnati dovevano essere preferiti ai cognati, come già si è detto precedentemente, e sempre pel principio della conservazione dei beni nella famiglia. Di qui venne che i cognati anche di sesso maschile fossero posposti anche alle agnate di grado più remoto (1). Solo qualche statuto concede ai cognati in concorso con agnati una terza parte (2).

Alcuni statuti determinano fino a quale grado debbano gli agnati aver preferenza sulle agnate e sui cognati, e solo mancando quelli chiamano le agnate, e dopo i cognati e poi le cognate sempre fino al medesimo grado (3). Altri affermano senz'altro la preferenza dei maschi sulle donne e dei cognati sulle cognate fino all'ultimo grado (4). Altri infine ammettono tali distinzioni e preferenze solo fino ad un certo grado, per lo più computato secondo il diritto canonico, e dopo il quale la successione regolavasi secondo le norme del diritto comune (5), o, come a Venezia, della consuetudine (6), la quale, in realtà, non poteva essere che quella tratta dal diritto comune (7). Qualcuna di tali leggi regola con norme speciali solamente il diritto ereditario dei discendenti, degli ascendenti maschi paterni, dei fratelli e dei nipoti di fratelli, e poi si rimette al diritto comune (8); e qualche altra solamente il diritto ereditario dei figli e dei fratelli (9). Qualche altra, pur limitando la esclusione delle donne e dei cognati fino ad un certo grado, il quarto, dispone che, anche in gradi più remoti, l'agnato sia preferito al cognato del medesimo grado (10). Qualche altra, mancando agnati oltre il quarto grado, chiama le sorelle in tutta l'eredità, e le zie e le figlie dei fratelli in una parte, ma conserva sempre fino al settimo grado civile la preferenza degli agnati sui cognati (11). Per qualche altra, infine, fatta eccezione delle sorelle che sono chiamate in mancanza di parenti paterni fino al quarto grado, è pronunciata la esclusione delle donne e dei cognati nella coesistenza di agnati fino al decimo grado civile (12).

Innanzi si sono studiate alcune applicazioni del principio: *paterna paternis*, *materna maternis* alla successione degli ascendenti ed alla successione di fratelli. Ma nei paesi e per le leggi che ammettevano tale massima, essa aveva la più forte applicazione nella successione dei collaterali. Bisogna però notare che vi sono alcune leggi, le quali, pur distinguendo le cose pervenute al defunto dalla linea paterna da quelle pervenutegli dalla materna, non applicano poi il principio che alle prime dovessero chiamarsi i parenti paterni, alle seconde i materni, sibbene determinano per la successione nei primi la preferenza dei maschi sulle donne e degli agnati sui cognati, mentre per la successione nei secondi invocano il diritto comune (13).

Invece, dove aveva vigore la massima suddetta, i beni provenienti dalla linea paterna andavano ai parenti paterni, quelli provenienti dalla linea materna ai materni. Questo modo di regolare la successione, specie nella linea collaterale, e che si seguiva nei paesi di diritto consuetudinario in Francia (14) e in alcuni paesi della Germania (15), era stato in Italia adottato da alcuni statuti della Sardegna (16), dalla Corsica (17), dalle consuetudini di alcune città del Napolitano (18), da alcune delle consuetudini della Sicilia (19), e da alcuni statuti delle città dell'Italia settentrionale e media (20).

Si è detto innanzi come nell'applicazione di tale massima non si rimontasse per ordinario all'origine mediata dei beni, ma all'immediata, e tale criterio seguivasi in Italia generalmente. In Francia vi erano alcuni paesi dove non si rimontava all'origine dei beni, ed il più prossimo parente della linea d'onde questi provenivano immediatamente li ereditava (21): i costumi di tali paesi si dicevano di *simple côté*. Per altri costumi si rimontava all'origine mediata dei beni medesimi; e, mentre per alcuni, detti *souchères*, erano chiamati i discendenti di colui dal quale originariamente erano pervenuti quei beni, qualunque fosse il loro grado, e quantunque esistessero parenti della stessa linea più prossimi al defunto (22); per altri, detti *de côté et ligne*, erano chiamati i più prossimi, purchè parenti di colui dal quale i beni erano in origine pervenuti (23).

Questo modo di regolare la successione nella linea collaterale non poteva per certo applicarsi agli acquisti fatti dal defunto ed ai beni mobili, e per questi si seguivano, secondo i luoghi, o le norme del diritto comune, o norme speciali. Così, ad esempio, per alcune consuetudini e statuti si assegnavano ai più prossimi parenti paterni (24). Tra le consuetudini sicule poi ve ne sono alcune, le quali, partendo dal principio della comunione che si stabiliva tra i coniugi, facevano di tutta l'eredità una sola massa, e, dividendola in due parti, ne assegnavano una ai parenti della linea paterna, un'altra a quelli della materna (25), mentre altre seguivano tale norma per i soli beni mobili (26).

**131.** Discorrendo del diritto successorio nel periodo germanico, dicemmo come uno dei suoi fondamenti fosse la famiglia legittima, e vedemmo quale trattamento

(1) *Stat. Bergomi*, vi, 7; *Stat. Vall. S. Martini*, 84.
(2) *Stat. Veron.*, ii, 90.
(3) *Stat. Bergomi* e *Vall. S. Martini*, cit.
(4) *Stat. Florent.*, ii, 126: *Stat. Mediol.*, i, 190; *Stat. Ceva*, 216; *Stat. Castri Arquati*, iv, 26.
(5) *Stat. Corrigiae*, ii, 78; *Stat. Centi*, iii, 3; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 149; *Stat. Albenga*, p. 228; *Stat. Ferr.*, ii, 139; *Stat. Bonon.*, 103; *Stat. Mondovì*, 17; *Stat. Boves*, 57; *Stat. Paduae*, ii, 8, 2, 4; *Stat. Papiae*, 56; *Stat.* Vercelli, 132; *Stat. Varisii*, 46.
(6) *Stat. Venet.*, iv, 27.
(7) Pertile, op. cit., iv, p. 76, nota 72.
(8) *Stat. Portusnaonis*, ii, De succ. ab int.
(9) *Stat. di Morra*, 30.
(10) *Const. leg. Pis.*, 35.
(11) *Stat. Cremae*, fol. 64, tergo.
(12) *Stat. Ravennae*, iii, 11.
(13) *Stat. Centi*, iii, 3.
(14) *Coutume de Paris*, 326; *de Meaux*, viii, 43, 44; *de Touraine*, 288; *de Nantes*, 167; *d'Anjou*, 268, 270; *d'Artois*, 105; *de Sedan*, 182, etc.
(15) *Schwabensp.*, 14, 148, 275; *Keyserrecht*, ii, 95; *Bergische Landrecht*, 22; *Leg. feud. Tecklenburg.*, 13.
(16) *Stat. Cagliari*, ii, 2; *Stat. Sassari*, i, 104.
(17) *Stat. Corsica*, i, 43.
(18) *Cons. Neapol.*, i, 2; *Cons. Surrenti*, 1.
(19) *Cons. Messanae*, 11; *Cons. Noti*, 6; *Cons. Calatag.*, 32; *Cons. Pactar.*, 28; *Cons. Lypar.*, 18, 3; *Cons. Agrig.*, 10.
(20) *Stat. Ravennae*, 137; *Stat. Busca*, 109; *Stat. Iustinop.*, ii, 16; *Stat. Legnasco*, iii, 41.
(21) *Cout. di Metz*, xi, 30; *Cout. di Sedan*, 182.
(22) *Cout. di Montargis*, xv, 3; *Cout. de Touraine*, 288; *Cout. de Nantes*, 167.
(23) *Cout. d'Artois*, 105; *Cout. de Paris*, 326; *Cout. d'Anjou*, 268, 270; *Cout. d'Orléans*, 325; *Cout. de Meaux*, viii, 43.
(24) *Cons. Calatag.*, 32; *Cons. Neap. e Surrenti*, cit.; *Stat. Corsica e Stat. Busca*, cit.
(25) *Cons. Cataniae*, 10; *Cons. Syrac.*, 9.
(26) *Cons. Noti*, 6; *Cons. Pactar.*, 28; *Cons. Lypar.*, 18, 4; *Cons. Agrig.*, 10.

ricevessero gli spurii in conseguenza di questo principio.

Nel periodo, di cui ci occupiamo in questo capitolo, se la successione s'ispirò al diritto germanico principalmente, il diritto romano ebbe pure la sua influenza; e la sua influenza non piccola ebbe la Chiesa con il suo diritto. Di qui venne che, quanto alla successione dei figli naturali si seguirono diversi criterii, secondo i luoghi, e cioè secondo l'influenza maggiore o minore dell'uno o dell'altro diritto.

Senza entrare in tutte le particolarità che non hanno importanza per lo scopo della presente trattazione, quello cioè di offrire, per quanto è possibile, un concetto preciso e sufficiente del diritto successorio italiano nel periodo intermedio, andrò notando il trattamento che i figli naturali ricevevano nelle diverse legislazioni italiane.

Alcune di esse, partendo dal concetto germanico che gli illegittimi non fanno parte della comunione di famiglia, e che concedere dei diritti ai naturali sarebbe valso incoraggiare il concubinato e le illecite unioni, negarono loro ogni diritto successorio sulla eredità dei genitori. Questa disposizione che si legge in alcune delle consuetudini sicule (1), dovette necessariamente in quei paesi, dove pure la legislazione romana ebbe tanta influenza sulla formazione dei diritti locali, essere improntata al diritto franco-normanno, poichè fu in Francia più specialmente, dove, come avrassi or ora occasione di vedere, il principio rigoroso verso i figli naturali venne più fortemente conservato (2).

Altre leggi italiane, ispirandosi, più che al diritto germanico, al diritto ecclesiastico, poichè esse invocano le sacre scritture a giustificare il loro disposto, pospongono i figli naturali a tutti i parenti successibili agnati; « Cum ex lege mosaica vel veteri sancitum sit », dice lo statuto ferrarese, « non erit filius ancellae haeres cum filio liberae, et ut facilius, et ardentius studeant omnes ad procreandum sobolem legitimam; statuimus nullum non natum ex legitimo matrimonio, posse aut debere succedere patri ab intestato vel alteri agnato... extantibus filiis vel aliis agnatis legitimis et naturalibus, qui de iure succedere possent et deberent personae defunctae » (3). Altre leggi escludono per esse i figli naturali, anche in mancanza di figli legittimi, ma permettono al padre di donare loro o lasciare per testamento, in mancanza sempre di questi, una parte delle loro sostanze (4). Altre li preferiscono solo al fisco (5).

Queste leggi sono le più rigorose: ve ne sono invece altre più benigne, le quali, o, mancando certi parenti più prossimi, come i fratelli e i nipoti di fratelli, danno ai naturali una quota dell'eredità (6); ovvero, concorrendo essi con fratelli del defunto, invocano il diritto comune, e poi li preferiscono a tutti gli altri parenti (7); ovvero chiamano i figli naturali, mancando figli legittimi, a tutta l'eredità (8); ovvero li chiamano, solo mancando parenti fino ad un certo grado, ma assicurano loro, nella coesistenza di questi, gli alimenti (9); od infine assegnano loro una quota, anche concorrendo figli e discendenti legittimi, quota che si accresceva, concorrendo parenti più lontani, come ad esempio, fratelli del defunto, e, mancando questi, preferiscono i naturali agli altri parenti legittimi (10).

Quanto poi ai nati *ex damnato coitu*, ordinariamente essi venivano esclusi in ogni caso dall'eredità dei genitori (11). Però non manca qualche statuto italiano, il quale concede loro non solamente gli alimenti fino ad una certa età, ma ancora una parte dell'eredità, mancando figli e discendenti legittimi (12).

Quanto poi alle figlie naturali, ad esse venivano preferiti i figli bastardi (13), ma era obbligo di questi ed anche dei legittimi non solo di alimentarle, ma ancora di dotarle. Que' statuti inoltre, che concedono dei diritti anche ai nati *ex damnato coitu*, dànno il diritto agli alimenti ed alla dote anche alle figlie adulterine ed incestuose (14).

Per contrario i naturali legittimati ricevevano, meno in quei paesi dove i naturali erano esclusi, un trattamento eguale a quello dei legittimi.

Ordinariamente, quando la legittimazione avveniva, per *subsequens matrimonium*, il figlio legittimato si trovava nelle medesime condizioni del figlio legittimo, ed aveva il medesimo trattamento nel diritto successorio (15); che se era legittimato per rescritto, trovavasi nella condizione medesima del legittimo, ma solo di fronte a quel suo parente che aveva consentito alla legittimazione (16).

Vi sono però statuti i quali pongono una distinzione tra i legittimati per susseguente matrimonio ed i legittimati per rescritto; e dànno ai primi i medesimi diritti dei figli legittimi, pospongono i secondi ai figli legittimi non solo, ma anche ai fratelli del defunto (17).

In quei luoghi poi, dove la prole naturale riceveva un trattamento più duro, ivi questa durezza colpiva anche i figli naturali legittimati, qualunque si fosse stato il modo di legittimazione. Ed essi venivano o esclusi onninamente dagli agnati successibili, salvo che fossero stati legittimati col consenso del defunto (18); ovvero, in concorso di figli legittimi, avevano quanto il meno favorito di questi conseguiva; in concorso di figlie, di fratelli e di nipoti di fratelli, la metà del patrimonio ereditario (19).

Inoltre per i principii del diritto feudale accettati dalla legislazione statutaria, i legittimati non erano ammessi alla successione dei beni feudali, ed anche dei fedecommessi per il carattere e lo scopo di questi, quantunque prima, per i fedecommessi si seguisse la massima contraria (20).

Volgendo ora lo sguardo fuori d'Italia, troviamo che in Germania i figli naturali non avevano capacità di succedere al loro padre ed agli altri parenti (21); e che

(1) *Cons. Messan.*, 22; *Cons. Pactar.*, 69.

(2) Brünneck, *Siciliens Mittelalterliche Stadtrechte.* System. Darstell, § 25.

(3) *Stat. Ferr.*, II, 142; Cf. anche *Stat. Regii*, II, 77.

(4) *Stat. Romae*, I, 143.

(5) *Stat. Florent.*, II, 126.

(6) *Leg. Munic. Pist.*, II, 106.

(7) *Stat. Centi*, III, 3.

(8) *Stat. Venet.*, L. 21 maggio 1617; *Const. Sic.*, III, 28.

(9) *Stat. Corsic.*, I, 45.

(10) *Stat. Lucae*, II, 7; *Stat. Cadubrii*, II, 112.

(11) *Cons. Mess.* e *Pactar.*, cit., *Stat. Flor.*, cit., ecc.

(12) *Stat. Lucae*, cit.; Cf. *Stat. Roma*, cit.

(13) *Stat. Cadubrii*, cit.

(14) *Stat. Lucae*, cit.

(15) *Stat. Lucae*, II, 10; *Stat. Venet.*, IV, 29; *Stat. Monfestino*, II, 101.

(16) *Stat. Mediol.*, I, 456-461; *Const. Mediol.*, II, 61; *Stat. Ferr.*, II, 142; *Stat. Flor.*, IV, de gab. contr., 23.

(17) *Stat. Varisii*, 46.

(18) *Stat. Ferr.*, II, 142.

(19) *Stat. Rom.*, I, 144.

(20) *Stat. Venet.*, IV, 29; L. 29 marzo 1418.

(21) *Sachsensp.*, I, 51, 2; *Schwabensp.*, 41; *Buch de Ausscheidung*, I, 5, dist. 2.

in Francia, per la maggior parte dei costumi, i bastardi erano esclusi dalla successione tanto del padre quanto della madre (1), se si fa eccezione per alcuni che li ammettevano alla successione della madre, anche in concorso di figli legittimi (2). Nè questa posizione mutava in forza di legittimazione per rescritto, salvo se non vi fosse stato il consenso della persona, la cui eredità erasi aperta (3).

La condizione dei naturali si mantenne tale in Francia fino alla rivoluzione, quando fu proclamata l'eguaglianza dei figli legittimi e dei naturali di fronte all'eredità dei loro genitori (4). Ma questa eguaglianza scomparve col Codice Napoleone (5).

132. Quanto poi alla successione nelle eredità dei figli naturali, le leggi italiane in generale, non concorrendo le ragioni che avevano consigliato l'esclusione totale o parziale dei naturali dalla eredità dei genitori, in quanto, mancando figli del naturale, questi non aveva altri parenti che i genitori suoi naturali, chiamavano, in mancanza di figli, il padre alla eredità del figlio naturale, e mancando o non conoscendosi il padre, gli altri parenti, quasi come se si trattasse di figli legittimi (6).

In Germania ed in Francia invece, partendosi dal principio che il nato fuori matrimonio non facesse parte della comunione di famiglia dei genitori naturali, era generalmente disposto che, in mancanza di figli e discendenti, l'eredità fosse devoluta allo Stato, donde in alcuni luoghi la proibizione ai naturali di disporre dei loro beni per atto di ultima volontà (7). Poscia il diritto all'eredità dei bastardi venne usurpato dai baroni, donde una lotta tra questi ed il sovrano (8).

Anche in Italia questa norma era adottata da qualche legislazione (9).

133. Discorrendo del diritto ereditario del coniuge superstite nelle legislazioni germaniche, si vide come il marito alla morte della moglie lucrasse quanto questa aveva portato, ma, più che per diritto successorio, in forza del mundio ch'egli aveva acquistato sulla donna; e come, se la moglie lucrava quanto in occasione del matrimonio le era stato donato, ciò avveniva in forza della donazione.

La condizione della donna di fronte al marito non si andò che lentamente trasformando, dopo il periodo barbarico sotto l'influenza dei risorti studii del diritto romano, ed è però che da alcuni statuti, specie dai più antichi, si conservarono i principii di diritto germanico quanto alla successione del coniuge superstite. Ed anche quando la trasformazione cui ora si accennava incominciò, il marito e la moglie non furono posti nella medesima posizione quanto al diritto successorio. È però necessario, nel discorrere della successione del coniuge superstite, porre una netta distinzione tra il marito e la moglie.

Se il coniuge superstite era il marito, per alcuni statuti, mancando discendenti dal matrimonio, acquistava egli tutta quanta la dote della moglie in proprietà; ne acquistava il solo usufrutto, se vi erano figli (10). Che anzi alcune leggi, mancando discendenti, chiamano il marito a tutta l'eredità della defunta (11).

Però quando cominciarono i principii del diritto germanico a perdere, almeno per questo punto, il loro originario rigore, non solamente si pospose il marito ai parenti più prossimi della defunta moglie, e nella cui mancanza soltanto quegli raccoglieva tutta l'eredità (12); ma si pose una netta distinzione tra la dote ed i beni parafernali. Ed o si provvide solo alla successione del marito nella dote della moglie (13); ovvero, mentre si regolò il modo come doveva dividersi la dote, venne il marito chiamato nel resto dell'eredità della moglie, o in modo limitato, o dopo certi parenti, o dopo tutti i parenti successibili (14).

Quanto alla dote alcune leggi distinguevano il caso che la moglie fosse morta prima o dopo un periodo determinato, ad esempio, uno o due anni dal matrimonio: e se prima, il marito lucrava una parte minore; se dopo, una parte maggiore o la totalità della dote (15), e, per quegli statuti che non fanno distinzione tra questa ed i beni parafernali, anche di questi beni (16). Altre richiedevano solamente che il matrimonio fosse consumato, ma non davano al marito tutta la dote, sibbene una parte, ordinariamente la metà (17) ed anche il terzo (18), od il quarto, quest'ultima misura per lo più quando concorrevano figli (19). L'altra metà, o gli altri due terzi o tre quarti andavano agli eredi della moglie predefunta. Per qualche altra legge poi al marito spettava sulla dote una quota eguale all'antefato o lucro dotale costituito alla defunta (20).

Quanto ai beni parafernali, se alcuni statuti e leggi hanno una disposizione eguale per questi e per la dote (21), altri assegnavano al marito una sola parte di essi, allorchè concorrevano le medesime condizioni per le quali egli acquistava la dote o parte della dote (22); ed altri concedevano allo stesso di succedere in tutto il patrimonio della moglie, solo mancando parenti fino ad un certo grado (23), od anche tutti i parenti successibili (24).

(1) *Cout. de Paris*, 310; *Cout. d'Orleans*, 310; *Cout. de Bretagne*, 184; *Cout. de Normandie*, 275; *Cout. de Beauvoisis*, XVIII, 2. 19; *Établiss. de St. Louis*, II, 28.

(2) *Cout. de Valenciennes*, 152, 153; *Cout. local de la Loy, banlieue et echenivage de la ville d'Arras*, Paris 1746, p. 190; *Abrégé champenois*, 27, in Viollet, *Établ. de St. Louis*, III, p. 150.

(3) *Schwabensp.*, 47; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 399.

(4) *Decreti del 4 giugno e del 2 novembre 1793; Legge del 15 Termidoro, anno* IV.

(5) Cod. Napol., art. 756, 757.

(6) *Stat. Bonon.*, 107; *Stat. Flor.*, II, 126; *Stat. Gen.*, V, 24.

(7) *Sachsensp.*, I, 51, 1; *Schwabensp.*, 41; *Buch. d. Ausscheidung*, I, 5, dist. 2. Cf. Viollet, op. cit., 390.

(8) Viollet, loco citato.

(9) *Cout. d'Aoste*, V, 14, 3.

(10) *Stat. Corrigiae*, II, 76; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 141.

(11) *Stat. Bergomi*, VI, 17; *Stat. Brixiae*, 195; *Stat. Vallisoldi*, 23; *Stat. Cremon.*, 361; *Stat. Vall. S. Martini*, 90.

(12) *Stat. Vall. Trompia*, 164; *Stat. Vall. Camon.*, 317.

(13) *Stat. Cremae*, fol. 62 tergo, 63; *Stat. Corrigiae*, II, 76; *Stat. Castrin. Scrippiae*, 141; *Stat. Belluni*, II, 137, ecc.

(14) *Stat. Riva*, II, 75; *Stat. Vall. Trompia* e *Vall. Camon.*, cit.; *Stat. Florent.*, II, 129; *Stat. Mediol.*, I, 299.

(15) *Stat. Cremae.*, cit.; *Stat. Lucae*, II, 17, 18.

(16) *Stat. Cannob. extr.*, 2.

(17) *Stat. Belluni*, II, 137; *Stat. Terrae Argentae*, p. 73; *Stat. Vallis Siccidae*, 63; *Stat. di Monfestino*, II, 99; *Stat. Vall. Trompia*, 164; *Stat. Vall. Camon.*, 318; *Stat. Rovereto*, 66; *Stat. Paduae*, II, 8, 11; *Stat. Vercell.*, 153; *Stat. di Mirandola*, p. 71; *Stat. Riperiae*, 78; *Stat. Feltriae*, III, 73.

(18) *Stat. S. Marini*, II, 63; *Stat. Riva*, II, 75; *Stat. Asisii*, II, 43.

(19) *Stat. S. Marini*, cit.; *Stat. Rom.*, I, 131; *Stat. Tudert.*, II, 52.

(20) *Stat. Sall.*, I, 104; *Stat. Cuneo*, 151; *Stat. Genuae*, V, 9.

(21) *Stat. di Riva*, II, 75.

(22) *Stat. Florentiae*, II, 129.

(23) *Stat. Vall. Trompia*, 154; *Stat. Mediol.*, I, 299.

(24) *Stat. Vall. Camon.*, 347.

Ma se queste erano le norme che regolavano la successione del marito superstite nelle legislazioni dell'Italia settentrionale e media, nelle provincie meridionali e nella Sicilia si seguivano norme diverse, che io andrò brevemente esponendo.

Nelle provincie meridionali, premorendo la moglie senza figli, la dote ricadeva al dotante, rifatte al marito le spese necessarie ed utili (1), salvo a questo il diritto ad avere il letto (2).

Per qualcuna poi delle consuetudini del Napolitano la dote si restituiva al dotante, anche quando la donna avesse lasciati figli, e questi fossero morti nell'età minore; mentre si acquistava dal marito se i figli morivano dopo aver raggiunta la maggiore età (3). Per alcune altre però, nella prima ipotesi, la dote ereditavasi per metà dal padre dei minorenni, per metà dal dotante o dai suoi eredi (4). Per altre poi la dote in danaro ed in mobili si divideva tra il marito e il dotante, solo se i figli della dotata premorta morivano prima di aver compiti i tre anni, poichè, morendo dopo, tutto si lucrava dal padre loro (5). Per altre consuetudini, invece, la dote si lucrava sempre dal padre in qualunque età fossero morti i figli (6).

Tutte queste norme avevano luogo quando la moglie era cittadina; che se ella era straniera, tutta la sua eredità si lucrava dal marito a preferenza dei parenti stranieri (7); o, se non tutta, almeno una parte maggiore (8).

I diritti successorii della vedova invece erano molto minori. Ella, premorto il marito senza figli, riaveva la dote (9), lucrava le donazioni ricevute (10), in caso di bisogno aveva diritto agli alimenti sulla eredità del marito (11); ma succedeva, solo mancando parenti successibili (12), se si faccia eccezione di qualche statuto che la chiama in mancanza di parenti fino ad un certo grado (13). Moltissimi statuti e consuetudini tacciono al riguardo, e poichè era il diritto comune che si applicava nel silenzio delle leggi locali, così tutto induce a credere che, mancando parenti successibili, il coniuge superstite succedesse al defunto in tutta l'eredità, cosa che certamente avveniva in Napoli e nelle provincie napolitane (14). È vero che, come dice il Pertile (15), lo spirito delle legislazioni dell'Italia superiore e media potrebbe indurre a credere il contrario; ma nella maggior parte degli statuti, e lo si è già visto, dopo un certo grado, è detto che la successione debba regolarsi secondo le norme del diritto comune, e tutto ne deve indurre a credere che questo regolasse anche la successione del coniuge superstite. Che anzi vi è qualche statuto il quale, regolata la successione di alcuni parenti più prossimi, pel resto si rimette al diritto romano (16), mentre vi è qualche altro che, volendo escludere il coniuge superstite, lo dice espressamente (17).

Nella Sicilia, stante il sistema di comunione che si verificava tra i coniugi, e, mancando lo spirito di altri statuti, favorente l'agnazione, il trattamento dei coniugi nella successione scambievole era eguale, quando erano nati figli o era passato un dato periodo dal matrimonio. Avvenuta la comunione, il coniuge superstite aveva diritto alla metà dei beni, premorti i figli (18). Vivi questi, al terzo della comunione (19). Che se la comunione non si era avverata, e moriva la moglie, la dote ritornava al dotante; e se premoriva il marito, la vedova lucrava il dotario ed anche la donazione *propter nuptias*, quando era stata costituita in modo assoluto ed irrevocabile (20).

In Germania, a poco a poco, per la successione del coniuge superstite si accolse il diritto romano (21). In Francia ciò avvenne solo nei paesi di diritto scritto, mentre nei paesi di diritto consuetudinario, salvo alcune eccezioni (22), al coniuge superstite si negava ogni diritto ereditario (23), ad onta che i giureconsulti chiamassero, in mancanza di parenti, il coniuge superstite (24). Il principio sostenuto dai giureconsulti, fu poi proclamato nel 1790 (25).

**134.** *a*) Ed ora passando a discorrere di altre successioni straordinarie ci si presenta prima quella all'eredità dei manomessi. Quantunque la condizione dei servi fosse di molto migliorata nelle nostre città e nei nostri comuni, pure la servitù seguitò a persistere per una buona parte del periodo intermedio (26); e fino a tanto che vi furono servi, restò in vita l'istituto della manomissione, la quale generalmente veniva regolata dalle norme dettate dal diritto romano.

Di qui venne che alcune leggi quanto alla successione dei manomessi si rimisero alle norme romane (27); altre tacquero sull'argomento; ed altre, segnando un notevole progresso, determinarono che allora solamente il patrono fosse chiamato alla eredità di un manomesso, quando questi fosse morto intestato e senza eredi successibili (28).

Queste norme ebbero vita fino a quando non venne abolita la servitù, poichè allora, come non vi furono servi, così l'istituto della manomissione non ebbe più ragion d'essere.

Quanto poi alla successione dei servi della gleba o villani e delle diverse gradazioni di coltivatori di terra è inutile qui ripetere quanto si è detto nel paragrafo secondo del capitolo precedente.

(1) *Stat. Caietae*, III, 17.

(2) *Stat. Beneventi*, II, *de dot. restit.*; *Cons. Aversanae*, 3.

(3) Volpicella, *Dello studio delle consuetudini delle terre di Bari*, app. 1, 3 (Cons. di Bitonto e di Giovennazzo); *Capit. matrim.* 12, 13 (Andria).

(4) Volpicella, op. cit., p. 24-25.

(5) *Cons. Capuae*, 5, in Alianelli, *Cons. e Stat. municipali delle prov. Napol.*

(6) *Cons. Avers.*, 3; *Cons. Amalfi*, 8.

(7) *Stat. Novar.*, II, 203.

(8) *Stat. Saluzzo*, VIII, 225.

(9) *Stat. Venet.*, I, 62; *Const. leg. Pis.*, 24; *Stat. Bon.*, 112; *Cons. Neap.*, 9, 1; *Cons. Surr.*, 10, ecc.

(10) *Stat. Rom.*, I, 131; *Stat. Placent.*, III, 47; *Cons. Neap.*, 10, 1; *Cons. Surr.*, 10; *Cons. Avers.* cons. magnat., 3; *Cons. Capuae*, 5; *Capit. matrim.* (Andria), 7, ecc.

(11) *Stat. Vall. Camonicae*, 350.

(12) *Stat. Florent.*, II, 126; *Stat. Morra*, 112; *Stat. Vall. Trompia*, 147, 9.

(13) *Const. leg. Pis.*, 3 (Quarto grado); *Stat. Vall. Camon.*, 347 (settimo grado civile).

(14) Napod. *ad cons.*: *Sed si morienti*, n. 270; Maffei, op. cit., II, 60.

(15) Pertile, op. cit., § 127, nota 26.

(16) *Stat. Portusnaon.*, cit.

(17) *Cout. d'Aoste*, V, 18, 11.

(18) *Cons. Messanae*, 9; *Cons. Catan.*, 12.

(19) *Cons. Mess. e Catan.*, cit.; *Cons. Noti*, 8.

(20) *Cons. Panormi*, 43; *Cons. Syracus.*, 16.

(21) Schulte, op. cit., 181, 1.

(22) *Cout. du Poitu*, 299; *Cout. de Berry*: De succ. ab int., 8.

(23) Loisel, *Inst. Cout.*, II, V, 24.

(24) *Encyclop. méthod. Iurispr.*, III, p. 676.

(25) *Décret des 22 novembre-1 décembre 1790*, art. 4.

(26) Cf. Ciccaglione, *Storia del diritto*, I, 344, seg.

(27) *Const. leg. Pis.*, 36.

(28) *Stat. Venet.*, IV, 35.

b) Considerandosi coloro che entravano in monastero come morti dal momento che si erano dati a vita religiosa, ne seguiva che la loro successione si aprisse proprio a quel momento, e non mancano quindi leggi, le quali regolano questo caso di successione straordinaria. Così, ad esempio, lo statuto di Belluno disponeva che, entrando uno in monastero, dei suoi beni, tolte duecento libre ch'egli poteva portare seco, il resto fosse diviso tra i fratelli ed i nipoti dei fratelli premorti (1). E lo statuto di Sassuolo disponeva che a colui che entrava in monastero succedessero quelli che sarebbero stati chiamati alla sua morte (2). Per qualche altra legge poi, la successione di colui, che entrava in monastero, si apriva in quel momento, ma egli poteva portar seco una parte del suo patrimonio, che era la sesta, se aveva discendenti, la terza se aveva ascendenti o collaterali fino al quarto grado (3).

Altre leggi invece regolavano la successione all'eredità di colui che moriva nella vita religiosa, e disponevano che al monastero spettasse una parte dell'eredità, concorrendo ascendenti maschi paterni e fratelli; una parte maggiore, se concorreva la sola madre: tutta l'eredità, mancando tali ascendenti e fratelli. Che se poi il monaco, prima di darsi a vita religiosa, aveva avuto figli, a questi andava tutta l'eredità, non potendo il monastero pretendere se non quanto gli era stato assegnato dal defunto al momento della monacazione o prima (4). Altre invece chiamavano il monastero anche in concorso con i figli, ma solamente alla successione dei beni mobili, assegnando ad esso una quota eguale a quella dei figli stessi; mancando poi figli o discendenti maschi, o figlie nubili e discendenti nubili, tutto il patrimonio mobiliare del defunto assegnavano al monastero (5).

c) Quando un cittadino si allontanava, senza dare notizie di sè per un certo periodo, che variava secondo gli statuti dai sette ai cinquant'anni, avevasi per morto, e la successione si apriva, chiamandovisi gli eredi più prossimi, i quali dovevano per alcuni statuti dare cauzione di restituire i beni nel caso l'assente fosse ritornato, per altri di restituire anche una parte dei frutti (6).

d) Per la successione nei beni di uno straniero morto nel territorio dello Stato, le nostre legislazioni intermedie si possono dividere, senza tener calcolo di alcune particolarità, in tre grandi categorie.

Alcune, e per lo più queste sono le più antiche, proclamavano il principio che i beni di uno straniero morto nello Stato dovessero attribuirsi al fisco (7). Tra queste però alcune non applicavano il principio in tutto il suo rigore, in quanto attribuivano l'eredità di uno straniero al fisco, solo in mancanza di discendenti legittimi nati nello Stato (8).

Altre, e queste generalmente appartengono al secolo scorso, proclamavano il principio della reciprocanza, in forza del quale gli stranieri ricevevano nello Stato il medesimo trattamento che i cittadini ricevevano nello Stato cui lo straniero apparteneva (9). Questo trattamento di reciprocanza si trova anche in periodi antecedenti, specie nell'epoca dei Comuni, ma esso per ordinario derivava da trattati stretti tra uno Stato ed un altro (10), quantunque non manchi qualche legislazione della stessa epoca che proclami il principio stesso (11).

Altre poi, e queste sono documenti del progresso della civiltà in Italia nei secoli di mezzo, proclamavano addirittura il principio dell'eguaglianza degli stranieri e dei cittadini di fronte ai diritti civili, e tali legislazioni chiamavano alla eredità dello straniero i suoi eredi legittimi, quante volte lo straniero fosse morto senza fare testamento. A tale scopo i beni del defunto straniero si conservavano per un dato periodo di tempo, decorso il quale, senza che gli eredi si fossero presentati, o mancando eredi, quei beni o si erogavano in opere pie, o secondo decideva il magistrato, o si attribuivano al fisco (12). È notevole infine come in qualcuna delle nostre città questo principio fu proclamato in contraddizione al principio opposto che vigeva prima, e che anch'esso era stato sancito dalla legislazione, come a Vercelli.

**135.** Il diritto successorio nei parenti si estendeva fino ad un dato grado, grado che variava grandemente nei nostri statuti e nelle nostre leggi, poichè alcuni chiamavano i parenti, specie se agnati, fino al decimo grado (13), altri fino all'ottavo (14), altri fino al settimo (15), altri fino al quinto (16) ed altri fino ad un grado anche inferiore al quinto (17); mentre i giuristi sostenevano che per regola avessero diritto a raccogliere l'eredità i parenti agnati fino al decimo grado, i cognati fino al settimo (18).

È uopo però osservare che la consuetudine di concedere il diritto successorio ai parenti solo fino ad un grado molto prossimo al defunto, e la quale quindi si discostava tanto dal diritto romano quanto dal diritto langobardo-franco, si andò formando nel periodo feudale, quando le pretese dei baroni sulle eredità dei loro dipendenti restrinsero per quanto riuscì e fu possibile la cerchia dei parenti successibili. Tanto è ciò vero che questa restrizione si osserva in proporzione più o meno grande, secondo i luoghi, in quelle città ed in quei borghi, nei quali le eredità vacanti andavano al signore laico od ecclesiastico (19).

Mancando parenti fino al grado determinato, l'eredità era devoluta al Fisco, cioè al Comune, nelle città libere (20), al re od al signore nelle terre o città soggette alla giurisdizione di lui (21).

(1) *Stat. Belluni*, II, 142.
(2) *Stat. Sassuolo*, II, 90.
(3) *Stat. Cadubrii*, II, 65.
(4) *Const. leg. Pis.*, 36.
(5) *Stat. Venet.*, IV, 35.
(6) *Stat. Bergomi*, V, 72; *Stat. Bon.*, 25; *Stat. Veron.*, II, 33; *Stat. Placent.*, II, 46; *Stat. Tarvis.*, Prov. ducal., I, 25; *Cout. d'Aoste*, II, 7, 27; V, 15, 2.
(7) *Cons. Alexandr.*, 1179; Cf. Documenti in Theiner, I, 273 e Muratori, *Ant. Ital.*, II, 14, *M. h. p.* Ch. 746, 892.
(8) *Stat. Vercelli*, 1190 in Mandell., II, 30. *Editto piemontese del 1618* in Duboin, VI, 96.
(9) *Cost. Piemont.*, 1770, VI, 11, 2. Cf. i trattati di reciprocanza del secolo scorso in Duboin, VI, 128-142.
(10) Cf. Pertile, op. cit., § 98, nota 44, 45.
(11) *Stat. Ivrea* (sec. XIV) nei *M. h. p.*; *Leg. mun.*, p. 1195.
(12) *Const. Sic. del 1220*; *Stat. Sassar.*, I, 111; *Stat. Vercelli*, 1226, in Mandell., II, 30.
(13) *Stat. Livorno*, I, 1.
(14) *Stat. Florent.*, II, 126; *Stat. Vall. Trompia*, 147, 8.
(15) *Stat. Cremae*, fol. 64; *Stat. Vall. Camonic.*, 347; *Stat. Belluni*, IV, I.
(16) *Stat. Bergomi*, VI, 7.
(17) *Stat. di Cittanova*, V, 17.
(18) Cf. Grimaldi, *Storia delle leggi del regno di Napoli*, III, 36.
(19) Cf. Pertile, op. cit., § 125, note 89, 90, 98, 99.
(20) *Stat. Flor.*, II, 126; *Stat. Vall. Trompia*, 147, 8; *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. Belluni*, IV, 1.
(21) *Stat. Mirandola*, p. 74; *Cout. d'Aoste*, I, 2, 36; *Sachsensp.*, I, 28; III, 80, 1; *Schwabensp.*, 29, 30.

Per alcune nostre leggi poi non tutta la eredità era devoluta al Fisco; ma essa si divideva in parti, di cui una andava a beneficio dell'anima del defunto, l'altra a beneficio dei poveri o dei luoghi pii, ovvero si erogava nella restaurazione delle chiese, l'altra andava al Comune; che se accanto al Comune era un signore, una quarta parte dell'eredità spettava a costui (1). Per altre leggi poi, dell'eredità si facevano due parti, di cui una si assegnava alle chiese, l'altra si erogava in beneficio dell' anima del defunto (2).

Per alcune altre invece tutta l'eredità si distribuiva ai poveri per sollievo dell'anima del defunto (3); mentre non mancano leggi che, pur attribuendo al Fisco le eredità vacanti, disponevano che una parte di esse fosse dispensata ai poveri o data ad una chiesa (4).

Finalmente, e questo può dirsi veramente un altro caso di successione straordinaria, le eredità delle meretrici morte senza discendenti legittimi, furono, quando si costituì il Monastero delle Convertite, attribuite, in Roma, a questo (5).

Le eredità vacanti infine dicevansi *mortizzi* (6) ovvero *excadentiae* o *scadentiae* (7).

Le stesse norme, può dirsi, vigevano fuori d'Italia. Però è da por mente a questo: che per quei paesi e quei diritti, che distinguevano i beni pervenuti da una linea da quelli pervenuti da un' altra, quando mancavano parenti di una delle linee, i beni da essa pervenuti si attribuivano al signore, uso che venne in alcuni luoghi poi abolito in beneficio dei parenti dell'altra linea, ma che in alcuni paesi consuetudinarii di Francia si conservò fino alla rivoluzione (8).

§ 3. — *Della successione testamentaria.*

**136.** Parlando della successione testata nel periodo barbarico, si vide come il testamento fu ammesso tardi, e come, se il concetto ne fu certamente dato dal diritto romano, esso venne fuori dalla lenta trasformazione che andarono subendo le donazioni a causa di morte del diritto germanico. Di qui venne, che pur essendosi tolta l'istituzione del testamento dal diritto romano, le norme che impresero a regolarlo nel diritto germanico si discostarono sufficientemente da quelle che il diritto romano aveva dettate, sia quanto alla forma, e sia ancora quanto al contenuto.

Risorti gli studii di diritto romano, e, prima ancora generalizzatosi nel periodo franco-carolingio l'uso di testare, la mancanza di norme precise e sufficienti intorno alla successione testamentaria fece sì che i compilatori dei nostri statuti e le stesse consuetudini ricorressero al diritto romano; ond'è che, mentre nella successione legittima predomina il diritto germanico, nella testata predomina il diritto romano sia quanto alla forma, sia quanto alla sostanza. Però, come avrassi occasione di vedere or ora, mentre solo pochi statuti accolsero i principii di diritto romano nella quasi completa loro purezza, altri anche quanto al testamento accolsero le trasformazioni dall'istituto subite col passare nel diritto germanico. Inoltre predominando pure nella successione testata lo spirito della conservazione dei beni aviti nella famiglia, si posero delle limitazioni quanto alla capacità di testare e di ricevere per testamento, in rapporto a certe persone ed a certi beni, limitazioni sconosciute al romano diritto.

Anche quindi quella parte del nostro diritto intermedio che ha riguardo alla successione testamentaria, offre agli studiosi delle note caratteristiche, che ne rendono lo studio di suprema importanza, poichè, oltre a mostrare l'evoluzione che l'istituto andò subendo, mostra quanta parte la legislazione intermedia ebbe di influenza sulla Codificazione.

La nozione intanto del testamento nelle legislazioni che si vanno esaminando non è la medesima del diritto romano. Per questo il testamento era quella disposizione di ultima volontà con la quale il testatore nominava uno che lo rappresentasse dopo la sua morte, concetto che si originava dal principio doversi col testamento necessariamente istituire un erede; per quelle, od almeno per la maggior parte di esse, il testamento era una disposizione di ultima volontà con la quale uno disponeva di una parte o di tutta la sua sostanza per dopo la sua morte, concetto diverso perchè per le stesse legislazioni non era assolutamente richiesto che il testatore nominasse un erede, uno cioè che lo rappresentasse dopo la sua morte. Da questo concetto diverso si originarono anche principii diversi, come avrassi occasione di vedere.

Per ora, stando al concetto che del testamento ne offrono le legislazioni intermedie, ci limitiamo a dire che, per aversi un testamento valido e produttivo di effetti erano richieste le seguenti condizioni:

*a*) Che il testatore fosse capace di fare testamento;

*b*) che le persone a cui favore si disponeva fossero capaci di ricevere per testamento;

*c*) che si fossero osservate tutte le formalità e solennità richieste dalle varie legislazioni per la validità di un testamento.

**137.** Quanto alla capacità di disporre per testamento, è uopo osservare quello che si è detto quanto alla capacità di ricevere per legge, e cioè che delle varie legislazioni intermedie alcune tacciono al riguardo, altre accennano solamente ad alcuni casi d'incapacità di testare. I primi quindi in tutto, i secondi per i casi non preveduti si rimettevano al diritto comune fino a quando questo era applicabile alla ragione dei tempi.

Non avevano capacità di disporre per testamento quelli che non avevano capacità di possedere. Però, come innanzi si è visto, trasformatasi la schiavitù in servitù, i servi acquistarono un capacità limitata di disporre per testamento, ed anche i servi di città ebbero una capacità limitata di disporre del loro peculio.

Quanto agli stranieri, se delle nostre legislazioni alcune negano la facoltà di testare loro (9), altre concedono simile facoltà (10). Ma non era così fuori d'Italia, specialmente in Francia, dove tale capacità fu loro negata assolutamente in beneficio del re e dei signori feudali. E, come ben dice uno scrittore, « contro il diritto di testare dello straniero si ricorse al diritto romano come ad un'arma terribile: presso i Romani il solo

(1) *Stat. Riva*, II, 77; Cf. *Freib. Recht* (1420), 4; *Burgdorf. Hands.* (1316), 61; *Brunner Stadtr.*, 32; *Inglauer Recht*, 3; *Braunsw. Stadtr.*, II, 39; *Wiener Recht* (1221), 46, ecc.

(2) *Stat. Cittanova*, V, 17.

(3) *Stat. Vercelli*, II, 13; *Stat Cenetae.*, II, 37; *Enns Recht*, (1212).

(4) *Const. Sicul.*, I, 33; *Const. leg. Pis.*, 37.

(5) Costit. di Leone X del 1520; n. *Bull.*, V, 745

(6) *R. Neap. Arch. Monum.*, 524.

(7) Muratori, *Ant. Ital.*, II, 12 seg.

(8) *Cout. de Maine*, 286; *Cout. d'Anjou*, 268; Loisel, *Instit.*, II, V, 26.

(9) Cf. Pertile, op. cit., § 98.

(10) *Stat. Sassari*, I, 111; *Cod. dipl. Sardo*, sec. XII, 262, 273; *Costit. Sic.* del 1220; *Stat. Vercelli*, 1226 in Mandell., II, 30.

cittadino aveva la *testamenti factio:* in altri termini poteva egli solo ricevere per testamento, o fare testamento (romano), il peregrino non aveva questo diritto. Questa considerazione fu un ausiliario potente pel fisco reale, e la dottrina contraria allo straniero trionfò: *Aubens ne peuvent tester* » (1). Questa incapacità poteva essere tolta o col concedere allo straniero la naturalizzazione, o per mezzo di trattati; ma vi furono luoghi dove il così detto *droit d'aubaine* fu abolito, ed il Sovrano dovette acconciarsi a tale abolizione e confermarla, come in Languedoc (2). Finalmente questo diritto venne abolito in tutta la Francia con il decreto del 6-18 agosto 1790 (3).

Mancavano pure della facoltà di disporre per testamento quelli che consideravansi come morti civilmente, quali i leprosi, la cui successione, come s'è visto, si apriva al momento in cui venivano separati dal consorzio degli altri; ed i monaci dal momento che erano entrati in monastero ed avevano preso gli ordini (4).

Questa incapacità però non si estendeva a coloro che erano stati condannati a morte (5), fatta eccezione dei condannati per delitto di lesa maestà o per eresia (6), ed in alcuni luoghi dei banniti e forgiudicati (7).

Una seconda categoria d'incapaci era costituita da coloro che non avevano la capacità di disporre delle loro cose, neanche per atto di ultima volontà.

A questa categoria appartenevano i minori, che non avessero raggiunta una certa età, quantunque non manchi qualche legge la quale permettesse ai minori in un'età anche inferiore di fare testamento con l'assistenza e col concorso dei genitori o dei parenti (8). Quanto all'età in cui si acquistava la capacità di testare la maggior parte dei nostri statuti determinavanla a diciotto anni (9), mentre altri, mantenendo tale limite o quello di 14 anni per i maschi, concedevano alle donne la capacità di disporre per testamento ai dodici o tredici, o quattordici anni compiuti (10). Altri poi determinarono e per gli uni e per le altre l'età di quattordici anni (11).

Questa varietà si nota pure nei costumi francesi, in alcuni de' quali si richiedeva però l'età di 20 anni per disporre dei beni mobili e degli acquisti, di 25 per disporre dei beni aviti (12).

Ma per molte leggi nostrane i figli, anche raggiunta l'età determinata, non potevano fare testamento se non con l'assistenza del padre (13), eccetto che per il loro peculio castrense o quasi castrense (14), o se disponevano, nei limiti permessi, a beneficio dell'anima (15). Le figlie, oltre che del consenso del genitore, avevano bisogno anche di quello dei parenti se il padre era premorto (16), salvo quando facevano testamento *ad pias causas*, nei limiti permessi (17).

Non avendo capacità di disporre, non avevano neppure la *testamenti factio* attiva i furiosi ed i mentecatti (18), e per essi potevano i figli fare testamento, il quale aveva forza alla morte del genitore incapace (19).

La medesima incapacità colpiva i prodighi che fossero stati privati dell'amministrazione dei loro beni (20)

I sordomuti nati ancora mancavano della capacità di fare testamento, ma i sordi ed i muti per incidente potevano testare, osservate certe formalità (21).

Per buona parte delle leggi nostre la moglie, anche nei limiti determinati, non poteva disporre senza il consenso del marito e dei parenti (22), quantunque non manchino leggi che davano alla moglie facoltà di disporre della parte disponibile dei suoi beni, senza che fosse necessario il consenso del marito (23); che anzi v'è qualcuna la quale dichiarava espressamente nullo il testamento fatto dalla moglie alla presenza del marito (24). Altri statuti poi richiedevano il consenso del marito solo per i beni dotali, non per i parafernali (25).

Una terza categoria d'incapaci era costituita da persone che la legge per considerazioni morali e religiose o per pena colpiva di tale incapacità.

Ad essi appartenevano, come già si è accennato, gli eretici, e i rei di delitto di lesa maestà, i quali ultimi avevano inoltre i beni confiscati (26).

Per considerazioni fiscali in alcuni luoghi tale incapacità, come i forestieri, così colpiva gl'illegittimi, in particolar modo se nati da unioni condannate (27), e ciò perchè il fisco era il loro erede, in mancanza di figli e discendenti.

Ma, oltre tali incapacità assolute, ve ne erano delle limitate e relative in rapporto a certe date persone ed a certe date cose. Così, per addurre qualche esempio, alcune leggi dicevano che a favore delle persone escluse dalla successione legittima, non si potesse disporre oltre una data quota (28); le meretrici, che non lasciavano figli legittimi, non potevano disporre che di tre quarte parti del loro patrimonio, dovendo la quarta parte andare a vantaggio delle case di convertite (29); la donna avente figli non poteva testare a favore di estranei (30); e per qualche legge, non avendo figli, la donna maritata non aveva facoltà di disporre nè della metà della dote toccante al marito, nè dell'altra metà toccante al

(1) Viollet, op. cit., p. 314 e 311 seg.
(2) Cf. Picot, *Hist. des États généraux*, I, p. 470-72.
(3) V. pure *Decreto 13-17 agosto 1791* e la *Costituzione del 3-14 settembre 1791*,
(4) *Stat. Cittanova*, v, 6; *Stat. Venet.*, IV, 30.
(5) *Stat. Bon*, 109; *Stat. Veron.*, III, 39; *Stat. Mut.*, III, 40; *Stat. Cremae*, fol. 63; *Stat. Brixiae*, 201; *Ius municip. vicent.*, p. 183; *Stat. Vall. Camon.*, 336.
(6) *Stat. Cremae*, cit.; *Stat. Vall. Trompia*, 140, ecc.
(7) Cf. Pert., § 101, n. 2, 3. Non così per i *Cout. d'Aoste*, v, 9, 21.
(8) *Stat. Albenga*, p. 224; *Stat. Cannobii*, 119.
(9) *Stat. Ferr.*, II, 137; *Cons. Catan.*, 20, 1, 2.
(10) *Stat. Vall. Trompia*, 140; *Stat. Cremona*, 386; *Stat. Cittanova*, v, 3; *Cons. Syrac.*, 18.
(11) *Cons. Panormi*, 49; *Cons. Messan.*, 19; *Cons. Noti*, 11; *Cons. Pactar.*, 34.
(12) *Cout. de Paris*, 232, 293 e seg.
(13) *Stat. Venet.*, IV, 83; *Stat. Ferr.*, II, 137; *Const. leg.*, 36; *Stat. Varisii*, 39.
(14) *Stat. Albenga*, p. 224; *Stat. Vall. Trompia*, 140.
(15) *Stat. Albenga*, cit.
(16) *Stat. Mant.*, II, 54; *Stat. Sassari*, I, 105.
(17) *Stat. Ferr.*, II, 138; *Stat. Varisii*, 39.
(18) *Stat. Vall. Trompia*, 140; *Stat. Cittanova*, v, 3.
(19) *Stat. Venet.*, II, 15.
(20) *Stat. Vall. Trompia*, 140.
(21) *Stat. Vall. Trompia*, cit.
(22) *Stat. Cremon.*, 394; *Cout. de Bretagne*, 619; *Cout. de Normandie*, 417.
(23) *Stat. Centi*, III, 11; *Stat. Vall. Camon.*, 337; *Stat. Cittanova*, v, 11; *Const. Forojulii*, 127; *Cout. d'Aoste*, I, 20, 7.
(24) *Stat. Venet., Cons. ex Auth. M. C. 5 dicembre 1474*.
(25) *Stat. Mediol.*, I, 300.
(26) *Stat. Cremae*, fol. 63; *Stat. Vall. Trompia*, 140; *Cout. d'Aoste*, v, 9, 21.
(27) Come in Piemonte; Cf. Duboin, v, 147.
(28) *Stat. Bell.*, II, 148; *Stat. Feltriae*, III, 66.
(29) *Costit. di Leone X* (1520) e *Costit. di Clemente VII* (1525), *Bull.*, v, 745, VI, 33.
(30) *Stat. Feltriae*, III, 69.

padre o all'avo, salvo il consenso di costoro (1); il marito non poteva disporre a favore della moglie che di una quota determinata (2). Potrei addurre altri esempi, ma mi limito a questi, dovendo in prosieguo ritornare sull'argomento.

Queste norme in rapporto alla incapacità di disporre per testamento si riscontrano anche fuori d'Italia. Mi limito quindi a rilevare che in alcune legislazioni della Germania si richiedeva nel testatore non solo sanità di mente ma anche sanità di corpo, donde l'abitudine di esprimere l'esistenza di tale stato di sanità nei testamenti (3).

**138.** Quanto poi alla incapacità di ricevere per testamento stava la regola che fossero incapaci quelli che erano tali anche per la successione legittima; quindi non solo gl'incapaci propriamente detti, come i non concepiti, i leprosi, gli stranieri, nei limiti posti dalle varie legislazioni, ma anche gl'indegni, salvo se istituiti con testamento posteriore al fatto che produsse l'indegnità (4).

Come i monaci erano esclusi dalla successione intestata, perchè considerati civilmente morti, così erano anche incapaci di ricevere per testamento (5); ma come non mancano leggi che chiamavano i monaci all'eredità dei loro genitori e parenti, così non mancano quelle che davano agli stessi la capacità di ricevere per testamento (6).

Nella stessa guisa che le legislazioni intermedie pongono dei limiti alla capacità di disporre per testamento in rapporto a certe cose ed a certe persone, così pongono delle limitazioni alla capacità di ricevere per testamento in rapporto a date cose ed a date persone. Mi limito ad addurre alcuni esempi di restrizioni alla capacità di ricevere per testamento. I figli di un matrimonio *ad morganaticam*, e lo si è visto innanzi, non potevano ricevere al di là di quanto era stato loro attribuito nel contratto di matrimonio. La moglie non poteva conseguire dal marito che una quota determinata (7), per alcune leggi in solo usufrutto (8); e questa limitazione era così recisa e non derogabile che non si riconosceva neppure la dichiarazione di debito fatta dal marito a favore della moglie nel testamento (9), e che se il marito nominava la moglie usufruttuaria di tutta la sua eredità *(domina, massaria ed usufructuaria)* ella per tanto non poteva conseguire che i soli alimenti (10), o, se lo preferiva, una sola quota determinata, per lo più in contanti (11). Ma mentre non mancano statuti che non pongono simili limitazioni (12), altri limitano anche la capacità del marito a ricevere per testamento dalla moglie (13). I figli nati fuori matrimonio non potevano ricevere per testamento dal padre loro che una quota minima, nella coesistenza di figli legittimi, quota che cresceva concorrendo con loro parenti più lontani (14); che anzi per ordinario i naturali potevano conseguire per testamento dai loro genitori solo quella quota che loro spettava per legge nella successione intestata; e, quanto ai figli adulterini ed incestuosi, quegli statuti, che concedono loro dei diritti nella successione legittima, limitano la loro capacità di succedere per testamento a quote minime, ovvero ai soli alimenti (15). Altre limitano ancora la capacità di ricevere per testamento delle persone che sarebbero state escluse nella successione legittima ad una quota determinata, per esempio alla metà di ciò che loro sarebbe toccato per diritto comune (16).

**139.** Come per gli altri istituti di diritto successorio così per le forme del testamento, le legislazioni intermedie ne offrono grande varietà, che dipende dal perchè alcune di esse si ispirarono in modo più o meno largo al diritto romano, altre al diritto ecclesiastico ed al diritto germanico. E tale varietà si ritrova non solo circa il modo di redigere gli atti di ultima volontà, ma ancora circa il numero dei testimoni ed il numero dei notai necessario alla validità dei testamenti.

Prima però di andare oltre, è uopo osservare che, non essendo, per la maggior parte delle legislazioni che si vanno esaminando, necessaria per la validità dei testamenti la istituzione di erede, dovette cessare, come cessò la differenza tra testamento e codicillo, se si faccia eccezione per qualche statuto, che, più fortemente ispirandosi al diritto romano, richiese la istituzione di erede nei testamenti (17). Ciò non pertanto i risorti studi del diritto romano fecero sì che si adottasse il linguaggio romano, e però in molte leggi si parla di testamenti e di codicilli (18), senza che per altro tra i due atti fosse quella differenza che poneva il diritto romano. La sola differenza era che dicevasi testamento il complesso delle disposizioni di ultima volontà racchiuse in un sol atto, codicillo quell'atto che conteneva una particolare, e per lo più unica disposizione del testatore, e per il quale si richiedevano minori solennità (19).

Il testamento intanto, per le legislazioni intermedie, poteva essere scritto ed orale o noncupativo, e lo scritto a sua volta poteva essere pubblico, segreto ed olografo, e per qualche legge doveva venire necessariamente redatto in volgare (20).

**140.** Perchè un testamento pubblico fosse valido, si richiedeva che venisse redatto innanzi ad uno o più notai od ufficiali. Invero alcune leggi si limitavano a richiedere l'intervento di un solo notaio (21), altre di un notaio e di un ufficiale del Comune (22); altre poi richiedevano l'intervento di due (23) o di tre notai (24), dei quali uno redigeva l'atto, gli altri presenziavano e sottoscrivevano l'atto medesimo, e per queste ultime, se gli ufficiali pubblici non erano nel numero richiesto, il testamento non aveva efficacia alcuna.

Quanto poi al numero dei testimoni necessari nei testamenti pubblici, la varietà era anche maggiore, poichè al-

(1) *Stat. Bell.*, II, 137.
(2) *Stat. Bergomi*, VI, 22; *Stat. Monfestino*, II, 90.
(3) *Sachsenspieg. Land.*, I, 52, 2.
(4) *Stat. Centi*, III, 3.
(5) *Stat. Belluni*, II, 141.
(6) *Stat. Senes.*, II, 177; *Stat. Voghera*, 129.
(7) *Stat. Mediol.*, I, 295; *Stat. Cremon.*, 387; *Stat. Bergomi*, VI, 22; *Stat. Corrigiae*, II, 75.
(8) *Stat. Sassari*, II, 1; *Stat. Papiae*, II, 90; *Stat. Vall. S. Martini*, 94; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 145.
(9) *Stat. Cadubrii*, II, 73.
(10) *Stat. Mediol.*, I, 315; *Stat. Venet.*, IV, 15.
(11) *Stat. di Monfestino*, II, 90.
(12) *Stat. Verona*, II, 95.
(13) *Ius munic. Vicent.*, p. 183.
(14) *Stat. Cadubrii*, II, 112.
(15) *Stat. Lucae*, II, 7.
(16) *Stat. Belluni*, II, 146; *Stat. Feltriae*, III, 66.
(17) *Stat. Vall. Trompia*, 139.
(18) *Stat. Lucae*, II, 1; *Stat. Tarvisii*, II, 3, 1; *Stat. Paduae*, II, 8, 1; *Const. Patriae Forojulii*, 144.
(19) *Stat. Tarvisii* e *Const. Forojul.*, cit.; *Stat. Cadub.*, II, 109.
(20) *Stat. Vall. Camon.*, 330.
(21) *Stat. Venet.*, *Cons. ex Auth. M. C., 2 dicembre 1471*. *Stat. Cittanova*, v, 1; *Stat. Lucae*, II, 1.
(22) *Stat. Capodistria*, II, 50; *Cons. Surrenti*, 61.
(23) *Stat. Veronae*, II, 20.
(24) *Stat. Cremonae*, 386; *Stat. Mediol.*, I, 329.

cune leggi richiedevano la presenza di sette testimoni (1), altre di cinque (2), altre di tre (3) ed altre finalmente di due (4). E quanto alla qualità dei testimoni alcune volevano che fossero maschi, naturalmente capaci e maggiori (5); altre non escludevano le donne, ma volevano che i testimoni fossero in maggioranza maschi (6); altre ammettevano ancora che i testimoni fossero delle donne (7).

Però per la maggior parte di quegli statuti e di quelle leggi che richiedevano la presenza di sette testimoni, questo numero veniva ridotto a cinque, quando si trattava di codicilli o altre disposizioni particolari (8), e per i testamenti che si redigevano in campagna (9).

Il testamento pubblico doveva necessariamente essere steso dal notaio o da uno dei notai e sottoscritto dai testi; che se questi non sapevano scrivere, il notaio lo dichiarava ed il testamento era valido lo stesso (10).

Per alcuni statuti il notaio stendeva prima la minuta (*imbreviatura*) alla presenza del testatore e dei testimoni, dei quali solo alcuni, ad esempio due, apponevano le loro firme od il loro segno insieme al testatore nella minuta stessa, sulla quale poi il notaio stendeva l'atto pubblico (11), senza che il testatore ed i testimoni vi apponessero la loro firma od i loro segni (12).

Queste erano le norme generalmente seguite; ma, mentre alcune leggi tacciono al riguardo, rimettendosi al diritto romano, ovvero al canonico, altre hanno norme speciali. Così, ad esempio, per alcune leggi, il testamento era valido anche senza il concorso di notaio o di altro ufficiale, purchè l'atto fosse stato formato alla presenza dei testimoni richiesti (13). A Napoli i testamenti pubblici redigevansi innanzi a tre curiali (14), altrove si richiedeva anche l'intervento di uno dei più prossimi parenti (15).

**141.** Il testamento segreto era quello che il testatore scriveva o faceva scrivere e poi presentava sigillato al notaio, perchè lo conservasse. Ma per qualche Statuto, come per quello di Bologna, si richiedeva, anche nel testamento segreto, l'intervento del sacerdote (16). E per le leggi venete pare che il testamento segreto dovesse essere scritto tutto di pugno del testatore, poichè era fatto obbligo al notaio, cui veniva presentata una cedola testamentaria, domandare al testatore se essa era scritta da lui o da un terzo, ed in quest'ultimo caso, leggerla al testatore medesimo. Che se il testatore dichiarava averla egli scritta di sua mano, e poi all'apertura si trovava scritta di carattere di un terzo, il testamento non aveva effetto alcuno (17). Per altri statuti non è fatta parola del testamento segreto, ed a mantenere la segretezza delle disposizioni di ultima volontà si imponeva ai testi un giuramento al riguardo (18).

(1) *Stat. Veron.*, II, 20; *Stat. Cremonae*, 386; *Stat. Vall. Trompia*, 139; *Stat. Tarvisii*, II, 3, 1; *Const. Forojul.*, 144.
(2) *Stat. Cittanova*, v, 1; *Stat. Varisii*, 39; *Stat. Mediol.*, I, 329; *Stat. Corsica*, I, 41; *Carta de Logu*, 51; *Stat. Novara*, II, 67; *Stat. Niciae* (*M. h. p.* Leg. mun.), p. 56; *Stat. Bobbii*, II, 96; *Const. Piem.*, v, 22, 2.
(3) *Stat. Bonon.*, 103; *Stat. Venet.*, cit.; *Stat. Lucae*, II, 1; *Stat. Capodistria*, II, 50.
(4) *Cons. Mediol.*, 19.
(5) Si vegga la maggior parte degli statuti citati.
(6) *Stat. Varisii*, 39.
(7) *Cons. Mediol.*, 19.
(8) *Stat. Cadubrii*, II, 109; *Stat. Tarvisii*, II, 2, 1; *Cost. Piemont.*, v, 22, 2.
(9) *Stat. Tarvisii*, cit.; *Const. Forojul.*, 141.
(10) *Stat. Mediolani*, I, 329.
(11) *Stat. Venet.*, cit.; *Stat. Vall. Camon.*, 331.
(12) *Stat. Mediol.*, cit.

**142.** Il testamento olografo era quello, che veniva scritto e sottoscritto tutto di mano del testatore, ed il quale era perfetto, senza altra solennità (19), quantunque qualche legge richiedesse per la sua validità anche la firma di un notaio (20). La legislazione veneta poi, a proposito dei testamenti olografi, per evitare falsità o frodi, mentre prima accordava ad essi, in qualunque tempo fossero esibiti, piena efficacia, poscia dispose che dovessero, per conservare tale efficacia, essere presentati all'autorità nei due mesi dopo la morte del testatore, se questi era morto in Venezia, nei quattro mesi se il testatore era morto fuori (21). Per altre leggi infine il testamento olografo dopo la morte del testatore doveva tradursi in forma pubblica innanzi al Cancelliere del Podestà (22). È bene inoltre osservare che alcuni statuti si occupano solamente del testamento olografo, rimettendosi, per i testamenti degli illetterati, e per le altre forme di testamento al diritto comune (23).

**143.** Il testamento, orale o noncupativo, per l'influenza del diritto canonico, acquistò grande importanza e venne accolto dagli Statuti, i quali però, riconoscendo i pericoli e le frodi cui esso poteva dar luogo, lo circondarono di non poche garanzie.

Esso si aveva quando il testatore, verbalmente, alla presenza di due, tre o più testimoni, manifestava la sua volontà, che poi, in seguito alla sua morte, veniva attestata dai testimoni stessi (24). La dichiarazione dei testi si faceva innanzi a pubblici ufficiali a ciò designati, quali i giudici esaminatori a Venezia (25), il Cancelliere del Podestà a Cittanova (26). Questi, dietro istanza della parte interessata, traducevano solennemente in iscritto la volontà oralmente manifestata dal defunto, ed a tale scopo esaminavano i testimoni, i quali perciò dovevano godere fama di onesti cittadini. A Venezia inoltre, per maggiore cautela, era disposto che, prima di procedersi alla formazione dell'atto, che dicevasi *breviario*, si dovesse far predicare in chiesa per due domeniche successive, acciò gli interessati in contrario avessero potuto presentare le loro osservazioni ed eccezioni. E per evitare frodi, fu disposto che il breviario dovesse stendersi tra l'anno o tra i due dalla morte del testatore, secondo che questa era avvenuta in Venezia o fuori.

Ma pure, osservate tutte queste particolarità, il breviario non aveva la medesima forza probatoria degli altri testamenti, e doveva essere giurato da colui che se ne voleva giovare. Esso, specie se fatto fuori Venezia, non annullava un testamento anteriore, mentre, se fatto per necessità da una persona che trovavasi in fine di vita, perdeva ogni efficacia dopo che il pericolo era trascorso e il testatore aveva riacquistata la salute (27).

(13) *Stat. Varisii*, 39; *Stat. Corsica*, cit.
(14) *Cons. Neap.*, 12, 1.
(15) *Stat. Cittanova*, v, 1.
(16) *Stat. Bonon.*, 109.
(17) *Stat. Veneto, Legge 26 novembre 1400.*
(18) *Stat. Capodistria*, II, 50; *Stat. Veneto, Legge 2 dicembre 1474.*
(19) *Stat. Bonon.*, 100.
(20) *Stat. Belluni*, II, 143.
(21) *Stat. Veneto, Legge 22 marzo 1613.*
(22) *Stat. Cittanova*, v, 2.
(23) *Stat. Belluni*, II, 143.
(24) *Cons. Mediol.*, 19; *Stat. Mediol.*, I, 320; *Stat. Venet.*, IV, 1; *Stat. Cittanova*, v, 2.
(25) *Stat. Venet.*, IV, 1.
(26) *Stat. Cittanova*, v, 2.
(27) *Stat. Venet.*, IV, 1, 2; VI, 44; *Legge 27 febbraio 1475. Correr. Memmo.*

Ma naturalmente non tutte le nostre legislazioni ammettevano questa specie di testamenti orali o noncupativi. È notevole a questo riguardo una disposizione delle Consuetudini di Bari, raccolte dal giudice Sparano, la quale respinge la prova per testimoni ad attestare una disposizione di ultima volontà, ma concede che l'erede, alla cui fede il pretendente si sia rivolto, possa con giuramento affermare non aver mai udito pronunziare dal testatore la disposizione invocata dall'avversario (1).

**144.** Le nostre legislazioni intermedie, per quanto riguarda i testamenti privilegiati o speciali che dir si vogliano, riproducono in massima le disposizioni del diritto comune, specialmente per i testamenti militari (2), e per i testamenti che si redigevano in campagna (3), come già innanzi si è visto.

Il privilegio in questi ed in altri testamenti consisteva nel non doversi osservare le norme dettate per i testamenti ordinarii, specie quanto al numero dei testimoni. Così nel testamento *inter liberos*, fatto cioè dal padre o da un ascendente a favore dei figli e discendenti bastava la presentazione di tre (4), o di due testimoni (5). Così ancora nei testamenti fatti in tempo di epidemia, od in circostanze tali da non potersi avere i testi necessari e seguire le solennità richieste, bastava manifestare la propria volontà innanzi a due (6) o tre testimoni, senza che fosse necessario un atto scritto (7); ma, passata l'epidemia, se il testatore era sopravvissuto, il testamento perdeva ogni efficacia quando nei tre anni successivi non veniva confermato regolarmente (8). Quanto poi alle disposizioni *ad pias causas* si seguiva il dettato del diritto canonico (9) e quindi bastava l'intervento di due soli testimoni (10).

In altri testamenti invece, avuto riguardo alle condizioni delle persone che testavano, si richiedevano maggiori solennità. Così per i testamenti dei ciechi furono conservate tutte le norme dettate al riguardo dal diritto romano (11). I sordi ed i muti per incidente non potevano testare, che scrivendo il testamento e, sottoscrivendolo di proprio pugno innanzi al notaio ed ai testimoni richiesti (12). Nei testamenti delle donne e degli infermi era richiesta da qualche legge anche la presenza di un sacerdote (13).

**145.** Se la nozione del testamento nelle legislazioni intermedie varia nei punti notati da quella che ne dà il diritto romano, non varia però nella nota più caratteristica, essere cioè il testamento l'espressione della ultima volontà del defunto. Richiedevasi adunque anche per quelle legislazioni che il testamento fosse la genuina espressione della volontà del testatore non solo, ma che fosse espressione dell'ultima volontà; donde la facoltà, non passibile di alcun limite o restrizione, di mutare la propria volontà, mercè un novello testamento, come sarà veduto in prosieguo.

Perchè il testamento fosse la genuina espressione della volontà del testatore, le nostre leggi richiedevano tutte le solennità osservate, ed alcune disponevano che il testatore, non per segni, ma chiaramente pronunziasse le sue disposizioni, specie la nomina dell'erede, e che fosse di mente piena e sana (14). Ed è perciò che esse negavano, come già innanzi si è visto, ogni efficacia ai testamenti estorti con la violenza o col timore, e privavano della eredità colui che avesse impedito al defunto di fare testamento o ne avesse distrutto il testamento già fatto (15).

Inoltre, essendo il testamento l'espressione della volontà del testatore, questa non soffriva limitazioni o vincoli, quante volte si fossero osservate le solennità richieste e si fossero rispettati i diritti che le leggi riservavano ad alcune persone, le quali erano perciò eredi necessarii in una determinata quota. Ed è per questo che il testatore poteva apporre alla sua disposizione ogni sorta di condizione lecita, o modo, o termine (16), e naturalmente tanto per le condizioni, quanto pel modo e pel termine si osservavano i principii del diritto romano o comune, nel silenzio degli statuti e delle leggi.

**146.** Largamente si è dimostrato dagli interpreti del diritto romano, e dottamente dal De Crescenzio (17), come per quel diritto non fosse concepibile il far dipendere dalla volontà di un terzo una disposizione testamentaria, e tanto meno poi l'affidare ad un terzo la esecuzione della volontà segretamente confidata dal testatore. Il diritto romano non conosceva, anzi pel concetto ch'esso dava del testamento, respingeva le fiducie (18). Queste, come già innanzi si è osservato, trovano la loro origine nel diritto germanico e nel canonico, che non richiesero, per la validità del testamento l'istituzione di un erede, e allargarono, dandogli carattere diverso, l'istituto degli esecutori testamentari.

Che per diritto germanico si potesse affidare segretamente ad un terzo la propria volontà e rimetterne a lui l'esecuzione; che quindi la distribuzione dell'eredità potesse rimettersi alla volontà ed all'arbitrio di un terzo, abbiamo già rilevato dai documenti dell'epoca. Che una simile disposizione fosse stata senz'altro ammessa dal diritto canonico si è rilevato dalla decretale di Innocenzo III, inserita nel Corpo delle decretali pontificie raccolte da Gregorio IX.

Le legislazioni intermedie, come avevano accolto le norme del diritto canonico intorno alla forma del testamento ed agli esecutori testamentari, così accolsero anche l'istituzione delle fiducie. Ed alcuni dei nostri statuti, invero, specie tra i più antichi, permisero di affidare ad un terzo, di fiducia del testatore, l'erogazione della eredità di costui (19) non solamente, ma ammisero la validità di quel testamento che il defunto aveva dato incarico ad un terzo di far redigere presso un notaio (20). Come chiaramente scorgesi era il terzo che disponeva della sostanza del defunto, era il terzo che per lui faceva redigere il testamento.

Però i pericoli e le frodi, cui simili disposizioni davano

(1) *Cons. Bar.* (Sparano), 23.
(2) *Leggi Piemontesi del 1566 e 1582.*
(3) *Stat. Tarvisii*, II, 3, 1; *Const. Forojul.*, 144.
(4) *Stat. Varisii*, 33.
(5) *Stat. Mediolani*, I, 322.
(6) *Stat. Vall. Camonic.*, 335; *Stat. Mediolani*, I, 322.
(7) *Stat. Vall. Trompia*, 141, 1, 2.
(8) *Stat. Vall. Camon.*, 335.
(9) *Const. Forojul.*, 144.
(10) *Stat. Mediolani*, I, 322.
(11) *Stat. Mediolani*, I, 323.
(12) *Stat. Vall. Trompia*, 140.
(13) *Stat. Bonon.*, 109.
(14) *Cout. d'Aoste*, v, 9, 32; *Costit. Modan.*, II, 31, 21.
(15) *Stat. S. Marini*, III, 70; *Stat. Varisii*, 40; *Stat. Albenga*, p. 225; *Stat. Collalto*, I, 29; *Const. Sicul.*, III, 69.
(16) *Stat. Centi*, III, 1.
(17) Nel Digesto italiano, *Successione* (diritto romano) § 32.
(18) Cf. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, Napoli, 1882.
(19) *Stat. Bonon.* (1250). V. 6 nei *Monum. storici delle Romagne.*
(20) *Stat. Venet.*, I, 35.

luogo, indussero i legislatori a porvi un freno e financo a completamente proibirle. Così il legislatore veneto dichiarò nullo e proibì il testamento redatto da un terzo indicato dal testatore, salvo il caso che il terzo indicato fosse il padre del testatore stesso (1); e negò ogni efficacia sia al testamento col quale il testatore si rimetteva alla volontà di una persona ecclesiastica, sia a quel legato in cui la determinazione della cosa legata e della persona del legatario fosse affidata ad una terza persona ecclesiastica (2). Come è facile comprendere la inefficacia delle disposizioni suddette restava, anche quando il terzo non fosse persona ecclesiastica; ed intanto lo Statuto veneto parla di persona ecclesiastica, in quanto per ordinario era a persone ecclesiastiche che si affidava l'erogazione delle sostanze del defunto.

Molte delle nostre legislazioni tacciono al riguardo, ma poichè, come s'è detto, il foro ecclesiastico era il foro competente a conoscere delle cause testamentarie, le fiducie furono in uso ed ebbero forza di disposizioni valide, e ciò fino alla fine del secolo scorso.

E fu allora che alcune leggi vollero fare quello che già da tempo si era fatto dal legislatore veneto. Le costituzioni modenesi del 1771 invero disposero nel seguente modo: « Sarà nulla affatto la disposizione di chi rimettesse all'arbitrio altrui la nomina dell'erede, e nullo sarà parimenti qualunque legato, la destinazione del quale fosse lasciata dipendente dalla volontà del fiduciario. Anzi vogliamo abolita e di niuna forza anche quella fiducia nell'esercizio della quale il fiduciario non rappresenta, se non la persona di testimone e d'interpetre della volontà comunicatagli dal testatore; a meno che questi non abbia chiaramente spiegata la sua mente in un foglio da lui firmato, che dovrà esibirsi dal fiduciario in contraddittorio degli interessati nella eredità del disponente, in difetto di che si devolverà l'eredità del disponente agli eredi intestati, o si accrescerà il legato all'erede scritto, quando vi sia, se no al veniente *ab intestato* » (3).

Come in Italia, così in Germania ed in Francia (4) l'uso delle fiducie, di cui si trovano tracce anche nei più antichi documenti dell'epoca merovingia, si andò sempre più allargando sotto l'influenza del diritto canonico, e la validità di simili istituzioni fu riconosciuta dalle leggi e dalle consuetudini. In una formola tedesca del secolo XV è dato esempio chiarissimo della fiducia, poichè essa è così concepita: « Ego N. civis wiennensis, infirmitate corporis deprehensus, publice recognosco quod compus mentis et libera voluntate, virum talem pro me constituo testatorem, dans ei potestatem testandi et ordinandi de universis rebus meis post mortem meam prout ei... visum fuerit expedire » (5).

Però, in Francia, l'ordinanza dell'agosto del 1735 col suo primo articolo abolì implicitamente le fiducie, quando determinò che tutte le disposizioni testamentarie dovessero essere fatte per iscritto; e, mentre dichiarò nulle le verbali, respinse la prova per testimoni, qualunque fosse il valore della disposizione stessa. Questa abolizione venne confermata dalla legge del 17 nevoso anno II, con la quale si dichiarò nulla quella disposizione, per la quale uno deferiva ad un terzo la nomina dell'erede tra persone indicate dal testatore.

In Austria l'uso delle fiducie durò fino alla pubblicazione del Codice civile austriaco, il quale al § 564 dispone: « Il testatore deve egli stesso nominare l'erede e non può commetterne la nomina alla dichiarazione di un terzo ».

**147.** Dalla nozione del testamento così come si ricava dalla maggior parte delle legislazioni intermedie, e come innanzi è stata riferita, risulta chiaramente che l'istituzione di erede non fosse necessariamente richiesta per la validità del testamento. Però non mancano leggi che richiedono tale istituzione e senza di essa non danno alcuna efficacia giuridica al testamento.

In Italia tali leggi sono poche. Alcune, come lo statuto di Valle Trompia e quello di Collalto richiedevano espressamente, sotto pena di nullità, l'istituzione di erede, e queste leggi ponevano una netta distinzione tra testamento e codicillo, perchè, dopo aver dettata la disposizione predetta, soggiungevano che non fosse nullo quell'atto che senza l'istituzione di erede contenesse semplici legati o fedecommessi particolari (6). Altre non contenevano una disposizione esplicita al riguardo, ma ponevano tale una netta distinzione tra testamento e codicillo, e, dettando disposizioni intorno al primo, parlavano in modo dell'istituzione di erede da far comprendere che questa fosse necessaria.

Gli statuti di Milano invero dicono: « Si quis de caetero voluerit facere vel condere testamentum noncupativum de quo fiat publica scriptura a publico notario, *haeredem instituendo,* quem ore suo nominare debeat, hoc ei liceat facere » (7). « Si autem quis voluerit testare, sine publica scriptura, hoc facere possit praesentibus quinque testibus idoneis qui cognoscant testatorem, et testator *nominet haeredem* proprio ore, alias non valeat » (8). « In codicillis vero... intervenire debeant quinque testes idonei... quorum testium duo se subscribant, ubi sciant scribere, et fiant subscriptiones his modo et forma prout supra dispositum est fieri debere de testamentis » (9).

E negli statuti di Ferrara si legge: « In primis pro testamento condito per testatorem qui in bonis suis instituerit *suos haeredes, intelligendo suos secundum dispositionem iuris communis...* Si vero in testamento fuerint instituti *haeredes* qui non essent sui haeredes... sed omnino ab intestato successuri... Sed si fuerint instituti aliqui extranei qui ab intestato non essent successuri... De *codicillis* autem quibuscumque vel legatis factis per testatorem alicui tam in testamento quam extra... » (10).

Come vedesi non è detto in questi statuti, specie in quello di Ferrara, che l'istituzione di erede sia necessaria, ma si comprende facilmente che allora solo si aveva un testamento, quando si istituiva l'erede, che il testatore doveva di sua bocca nominare; altrimenti si aveva un codicillo. Dunque senza istituzione di erede non si aveva testamento.

In Francia, nei paesi di diritto scritto, valeva quanto all'istituzione di erede la regola romana: il testamento che non contiene tale istituzione è nullo (11); non così nei paesi di diritto consuetudinario, se si faccia eccezione per qualcuno, dove ancora era richiesta, per la validità del testamento, la istituzione di erede (12).

(1) *Stat. Venet.*, VI, 10.
(2) *Stat. Venet.*, VI, 56.
(3) *Cost. Modan.*, II, 31, 22.
(4) *Charte d'Hainaut*, 7, 32.
(5) Zoepfle, *RG.*, § 122.
(6) *Stat. Vall. Trompia*, 139; *Stat. Collalto*, I, 23.
(7) *Stat. Mediolani*, 319.
(8) *Stat. Mediolani*, 320.
(9) *Stat. Mediolani*, 322.
(10) *Stat. Ferrariae*, XII, 68.
(11) Cf. Sullé, *L'esprit des ordonnances*, 1771, p. 197 seg.
(12) *Cout. du Berry*, 18, 1.

**148.** Ma tutte le altre legislazioni italiane accolsero l'uso invalso nel periodo langobardo-franco, e, accettando il testamento con i caratteri acquistati in questo periodo, proclamarono il principio che il testamento fosse valido anche senza l'istituzione di erede, togliendo così ogni sostanziale differenza tra testamento e codicillo. Di qui la possibilità della coesistenza di più testamenti, anche di epoche diverse, e tutti validi (1). Così in fondo si ebbero non altro che legati universali e particolari. Alcune leggi invero dichiarano di accettare il diritto romano, meno per ciò che riguarda l'istituzione di erede (2); altre proclamano la validità dei testamenti, quantunque mancanti di tale istituzione (3); altre dichiarano che, disponendo il testatore di una sola parte delle sue sostanze, il resto si lucrasse dagli eredi legittimi (4). Così perdette ogni vigore la massima romana: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

Come in Italia, così ancora fu proclamata la validità dei testamenti senza istituzione di erede in Germania (5), e nei paesi di diritto consuetudinario in Francia (6), dove anzi alcuni costumi, per il carattere del diritto successorio e pel suo fondamento, proibirono l'istituzione di erede nei testamenti (7).

Per queste legislazioni adunque l'erede vero era l'erede legittimo; era questi che rappresentava il defunto, non però nel senso romano; era questi che alla morte del suo autore entrava di diritto nel possesso di quei beni sui quali aveva già un diritto di aspettativa. Di qui, anche in Italia, le limitazioni poste alla facoltà di disporre per testamento dei proprii beni; di qui in Francia in Inghilterra ed anche in Germania la massima: potere solo Iddio dare un erede.

**149.** Come si era dal diritto romano tolto l'uso dei testamenti, così ancora da esso si improntò il concetto delle sostituzioni, di cui si trovano esempii anche in documenti anteriori alla legislazione statutaria (8). E si accolsero dalle legislazioni intermedie nostre tanto la sostituzione volgare, quanto la pupillare, la quasi pupillare e la fedecommessaria (9), quantunque i primi documenti ed i più antichi tra gli scrittori si occupassero quasi esclusivamente della sostituzione pupillare e della fedecommissaria (10).

La costituzione della famiglia ed il desiderio di conservare i beni in questa, come avevano menato alla preferenza dei maschi sulle femmine, e degli agnati sui cognati, così menarono ad alcuni travisamenti delle norme romane.

Se il testatore aveva espressamente compreso nel suo testamento una sostituzione pupillare, questa per lo più aveva forza solo fino a che il figlio non avesse raggiunta la pubertà, ancora quando il testatore avesse estesa la sostituzione espressamente oltre la pubertà (11). Però per qualche legge la sostituzione poteva essere estesa fino a quando il figlio avesse raggiunta l'età di vent'anni; ma, in questo caso, essa perdeva efficacia se il figlio lasciava a sua volta figli (12), e per quei statuti che davano a tale sostituzione una estensione maggiore, quando lasciava figli o discendenti da essi (13).

Per altre leggi la sostituzione comunque fatta si considerava, tanto se fatta ad un impubere quanto se ad un pubere, come pupillare e volgare; in modo che, in qualunque età fosse morto l'istituito, venivano esclusi e la madre e ogni altro erede, quasi che fosse sostituzione esclusivamente pupillare (14). Per quelle leggi poi che dettano norme speciali per la sostituzione pupillare, tutte le altre sono considerate come se pupillari e volgari (15).

Il padre poteva, istituendo i figli od i discendenti, sostituire l'uno all'altro; ma tale sostituzione non aveva vigore, se uno degli istituiti moriva lasciando figli (16). Però, per il principio della conservazione dei beni nella famiglia, ciò avveniva quando uno degli istituiti lasciava figli maschi, poichè lasciando figlie, la sostituzione aveva effetto e le figlie non avevano diritto che alla legittima (17). Queste norme valevano solo quando gli istituiti e sostituiti vicendevolmente erano discendenti maschi, non quando erano femmine o collaterali del testatore (18).

Infine per il principio della conservazione dei beni nella famiglia era data facoltà al testatore di sostituire alle figlie ed ai loro discendenti in qualunque età esse od essi venissero a morire (19).

Quanto alla sostituzione quasi pupillare valevano le norme romane: è notevole solo questo che, come il padre famiglia poteva fare testamento anche per le cose del figlio furioso o mentecatto, così per diritto veneto il figlio poteva far testamento pel padre furioso o mentecatto (20).

**150.** Da quanto innanzi si è detto intorno alla capacità di disporre e di ricevere per testamento è facile desumere, senza che io mi trattenga su questo punto, come per le nostre legislazioni intermedie fosse nullo il testamento fatto da persona incapace, ovvero a favore di persona incapace. E similmente, quando nel formare il testamento non si erano osservate le norme e le formalità volute, il testamento era nullo, come espressamente dispongono alcune leggi (21).

Si è inoltre veduto come solo per qualche legislazione l'istituzione in erede era necessaria; e però solo per queste la mancanza di tale istituzione menava alla nullità del testamento (22). Per le altre invece, il testamento senza istituzione di erede era valido, ed i beni dei quali il testatore non aveva disposto andavano agli eredi chiamati dalla legge (23).

Ma un testamento poteva essere annullato per vo-

(1) Cf. Pertile, op. cit., § 122.
(2) *Const. leg. Pis.*, 31.
(3) *Stat. Varisii*, 39; *Stat. Cons. Niciae* nei *M. H. P. Leg. mun.*, p. 56: *Stat. Taurini*, 661.
(4) *Stat. Cittanova*, v, 5: *Costit. Modan.*, II, 31, 14.
(5) Cf. Walter, op. cit., § 596.
(6) *Cout. de Paris*, 299; *Cout. de Chartres*, 95; *Cout. de Toulouse*, 123; *Montpellier, Thalamus parvus*, 55; Loisel, *Inst.*, II, IV, 5.
(7) *Coutume de Nivervois*, 33, 10; *Coutume de Vitry-le-François*, 101.
(8) Troya, *Cod. dipl. long.*, v, 921; *Cod. Santab.*, 66.
(9) *Stat. Bonon.*, 107; *Stat. Ferrar.*, VI, 70; *Stat. Cesenae*, p. 96.
(10) *Const. legis. Pis.*, 31.
(11) *Stat. Castri Arquati*, 28.
(12) *Const. legis. Pis.*, 31.
(13) *Stat. Venet.*, VI, 2 e *de praesumpt.*
(14) *Stat. Albenga*, p. 226.
(15) *Stat. Castri Arquati*, 28.
(16) *Stat. Vall. Trompia*, 144.
(17) *Stat. Rovereto*, I, 82.
(18) *Stat. Vall. Trompia*, 144.
(19) *Stat. Bonon.*, 107.
(20) *Stat. Venet.*, II, 15.
(21) *Stat. Vall. Camon.*, 335; *Stat. Tarvisii*, II, 5; *Stat. Venet.*, VI, 10; *Stat. Cremon.*, 386; *Stat. Veron.*, II, 19, 20; *Stat. Mediol.*, I, 119.
(22) *Stat. Vall. Trompia*, 139.
(23) *Stat. Cittanova*, v, 5.

lontà dello stesso testatore, il quale poteva o revocarlo, o farne un altro, che distruggesse il primo. E le nostre legislazioni disponevano che il testatore potesse revocare il suo testamento od annullarlo con altro posteriore, ancorchè si fosse obbligato in qualunque modo o forma, ed anche con giuramento di non revocarlo o mutarlo (1). La revoca semplice doveva essere fatta per pubblico istrumento, secondo qualche legislazione, e coll'intervento di cinque testimoni (2). Il testamento poi poteva venire cancellato da un altro posteriore o espressamente o tacitamente, poichè se si trovavano due testamenti dello stesso testatore, il secondo solamente era valido; ma se al primo era stato fatto dal testatore un' aggiunta di data posteriore al secondo, questo restava annullato e non il primo (3).

Come vedesi sono gli stessi principii del diritto romano tradotti nei nostri statuti. Però è duopo osservare che scomparsa, per la maggior parte di questi, la rigorosa distinzione tra testamento e codicillo, potevano bene coesistere due testamenti, che non fossero in contraddizione tra di loro.

Il testamento inoltre poteva essere annullato per la sopravvenienza di un postumo, ed allora dicevasi *ruptum*.

Per la maggior parte delle nostre leggi, se il testatore aveva altri figli, il postumo non rompeva il testamento, ma aveva diritto ad una quota eguale a quella degli altri (4); se non aveva altri figli, il testamento era annullato, e quindi erano annullati anche i legati, se si faccia eccezione per quelli di debiti e per quelli *ad pias causas*, purchè non eccedessero una data misura, ad esempio il decimo di tutto il patrimonio ereditario (5).

Per l'indole del diritto successorio nelle legislazioni intermedie però alcune modificazioni furono introdotte al diritto romano. Ad esempio, se il testamento era *inter liberos* e il postumo era una femmina, essa non aveva una quota eguale, ma una quota da determinarsi dal magistrato e dai propinqui, e sufficiente a costituire una congrua dote (6). Che se il testatore aveva disposto a favore delle figlie, non avendo figli, ed il postumo era un maschio, il testamento veniva rotto lo stesso, e la successione veniva regolata come *ab intestato* (7).

In alcuni statuti poi si leggono norme speciali, come in quelli di Pisa, per i quali il postumo rompeva il testamento, solo quando avesse raggiunta la pubertà (8); ed in quello di Cittanova, pel quale il postumo rompeva il testamento solo per i due terzi dell'eredità, dividendosi l'altro terzo in proporzione tra i nominati nel testamento (9).

Per ciò poi che riguarda il testamento irrito, valsero, per quanto e fino a quando furono compatibili con l'indole e le condizioni giuridiche dell'epoca, le norme romane. È bene però a questo proposito fare osservare che gli statuti dichiararono annullate le solennità della *bonorum possessio* del diritto pretorio (10).

Del testamento inofficioso e delle norme che dettavano al riguardo le nostre legislazioni avrassi occasione di parlare più innanzi.

**151.** I testamenti, nei quali eransi osservate tutte le solennità volute, e che non erano stati annullati o rotti, avevano efficacia giuridica in perpetuo, fino cioè a quando i diritti degli eredi o legatari nominati nel testamento non si fossero prescritti. Non manca però qualche legge che per l'esecuzione delle disposizioni testamentarie assegna un termine, decorso il quale il testamento perdeva ogni efficacia, e avevasi come non scritto; ma in prosieguo una tale disposizione venne abrogata (11).

Per la grande importanza che si assegnava ai testamenti e per evitare falsità ed altre frodi, si volle provvedere da alcune leggi alla loro conservazione; e fu disposto che o il notaio od il testatore dovessero depositare in un ufficio determinato il testamento, il quale veniva regolarmente sigillato e conservato, mentre si segnava il deposito di esso in apposito registro. Naturalmente il testatore poteva sempre ritirare il testamento depositato, coll'osservare date formalità atte a garantire il preposto a quella specie di ufficio di registro (12). Per la legislazione veneta, dei testamenti pubblici dovevansi fare due originali di cui uno restava presso il notaio, l'altro veniva depositato nell'ufficio pubblico a ciò destinato (13).

Per quanto riguarda l'apertura dei testamenti, e la pubblicità delle disposizioni in essi contenute, alcune nostre legislazioni disposero che, un certo periodo dopo la morte del testatore, i testamenti dovessero presentarsi o denunciarsi a certi dati magistrati, e la presentazione doveva essere fatta dal notaio o dall'interessato; che anzi, perchè potesse venire a notizia del notaio la morte del testatore, si usava rendere pubblica la morte di ciascun individuo, al quale uopo erano dettate norme opportune (14). Altre leggi ordinavano che dopo la morte del testatore, il testamento che contenesse disposizioni a favore di persone estranee fosse pubblicato nell'assemblea del Comune (15).

Questo per i testamenti scritti; per i testamenti orali o noncupativi, come già innanzi si è visto, venivano essi redatti per iscritto innanzi al magistrato, dopo la morte del testatore, sulla scorta delle deposizioni di coloro che avevano nella qualità di testimoni raccolte le ultime disposizioni del defunto (16).

**152.** Le legislazioni intermedie provveggono alla esecuzione dei testamenti, e dettano norme intorno al procedimento da seguire. Ordinariamente esse determinarono che per l'esecuzione degli atti di ultima volontà si dovesse seguire un procedimento sommariissimo senza strepito o figura di giudizio, e concedevano ai nominati nel testamento azione contro i possessori dei beni ereditarii e contro gli eredi; e contro questi tanto

(1) *Stat. Castri Arquati*, IV, 30; *Stat. Albenga*, p. 226; *Ius munic. vicent.*, p. 183; *Stat. Vissi*, II, 29; *Stat. Paduae*, II, 8, 1; *Stat. Cremon.*, 386; *Stat. Venet.*, *Cons. ex Auth., M. C. 27 febbraio 1475*.

(2) *Stat. Castri Arquati*, IV, 30.

(3) *Stat. Cittanova*, V, 4.

(4) *Stat. Varisii*, 41; *Stat. Genuae*, V, 12 seg.; *Stat. Mediolani*, I, 307; *Stat. Cittanova*, V. 13.

(5) *Stat. Castri Arquati*, IV, 28; *Stat. Varisii*, cit.; *Stat. Gen.*, cit.; *Stat. Venet.*, *Legge 29 marzo 1418*.

(6) *Stat. Varisii*, 41.

(7) *Stat. Varisii*, cit.

(8) *Const. leg. Pis.*, 31.

(9) *Stat. Cittanova*, V, 13.

(10) *Stat. Vall. Camonica*, 363; *Stat. Brixiae*, 155.

(11) *Stat. Venet.*, VI, 8.

(12) *Stat. Veron.*, I, 143; *Stat. Iustinop.*, II, 60.

(13) *Stat. Venet.*, *Cons. ex Auth. C. M. 2 dicembre 1474 e Legge 26 marzo 1596*.

(14) *Stat. Ferrar.*, XII, 70; *Stat. Mediol.*, I, 71, 251. Ciani, *Storia del popolo cadorino*, II, 38.

(15) Come uno statuto di Mantova. Cf. Pertile, op. cit., § 122, nota 76.

(16) *Cons. Mediol.*, 19; *Stat. Mediol.*, I, 320; *Const. leg. Pis.*, 21; *Stat. Venet.*, IV, 1; *Stat. Cittanova*, V, 2.

azione reale quanto personale, se avevano accettata l'eredità senza beneficio d'inventario (1). Che se il testamento conteneva istituzione di erede e legati, i legatari potevano costringere l'erede a presentare in giudizio il testamento (2); e se gli eredi trascuravano eseguire i legati ordinati dal defunto, l'esecuzione veniva promossa dal magistrato (3).

Ma per assicurare la esatta e completa esecuzione della propria volontà il testatore soleva nominare uno o più esecutori testamentarii.

Come questo istituto degli esecutori testamentarii, quale ci si presenta nelle legislazioni intermedie, sia sorto, e come si sviluppò nel periodo franco e quale importanza acquistò, si è già innanzi avuto occasione di vedere, e si è potuto osservare come l'istituto si esplicasse con qualche nota differenziale in Italia ed in Francia. L'importanza dell'istituto andò sempre crescendo, e sviluppatissima ci si presenta nella legislazione statutaria e nelle legislazioni posteriori. Gli esecutori sono detti ora *commissarii* (4), ora *fidecommissarii* (5), ora *distributores* (6), ora *erogatores* (7); poi furono generalmente detti *executores* (8), quantunque non manchino altre denominazioni, come *manus fideles* (9), *dispensatores* (10). Ed un tale sviluppo dell'istituto si osserva non solamente in Italia, ma ancora altrove, come in Germania (11) ed in Francia, quivi più specialmente nei paesi di diritto consuetudinario (12).

Esecutori potevano essere nominati tanto uomini, quanto anche donne (13), purchè maggiori e capaci di stare in giudizio (14). Il testatore quindi poteva nominare esecutrice la moglie, come la moglie poteva affidare l'esecuzione del testamento al marito; ma nell'una e nell'altra ipotesi era per qualche legge disposto che il vescovo dovesse nominare alla vedova ed al vedovo, un *addictus*, il quale assistesse all'esecuzione del testamento, e ciò per evitare frodi e malversazioni. Che anzi se la vedova passava a seconde nozze, prima di aver espletato l'incarico ricevuto dal testatore, l'esecuzione del testamento le veniva tolta (15).

Ordinariamente, almeno nei primi tempi, l'incarico veniva affidato a persone ecclesiastiche, ma poscia, poichè tali persone solevano abusare dell'incarico ricevuto, alcune leggi disposero che gli ecclesiastici non potessero venir nominati esecutori testamentarii (16).

Gli esecutori, conosciuta la loro nomina, che soleva notificar loro il notaio intervenuto nella redazione del testamento (17), dovevano dichiarare, in un termine indicato dalle leggi, e che era minore o maggiore secondo che gli esecutori erano presenti od assenti, se accettavano l'incarico, sicchè trascorso il termine senza che avessero fatto alcuna dichiarazione, decadevano dall'incarico stesso (18).

Fatta l'accettazione, dovevano procedere ad un regolare inventario di tutti i beni dell'eredità con l'assistenza di un notaio (19). Per i costumi francesi e per le leggi tedesche in generale gli esecutori erano immessi nel possesso dei beni del defunto; ma a poco a poco, specie nei paesi di diritto consuetudinario in Francia, questo possesso dell'esecutore fu limitato ai soli beni mobili ereditarii non solo, ma l'erede poteva anche conservare il possesso di tali beni, fornendo agli esecutori i fondi necessari per eseguire la volontà del defunto (20). Questo non avveniva in Italia, dove all'esecutore era concessa solamente un'azione contro gli eredi e contro i possessori dei beni ereditarii, per avere i mezzi ad eseguire le disposizioni del defunto (21).

Gli esecutori dovevano espletare il loro incarico senza malizia o negligenza, e senza abusare dei beni ereditarii, altrimenti, dietro istanza degli interessati, potevano essere richiamati dal magistrato (22), ed anche rimossi (23). Dove avevano il possesso dei beni mobili, nella insufficienza di questi, potevano prendere i frutti degli immobili, ed anche vendere questi coll'autorità dei magistrati (24). Per le nostre leggi essi potevano esigere dai terzi ciò che dovevano al testatore, ed anche vendere ed obbligare i beni ereditarii se il testatore ne li aveva autorizzati, e fare ogni altro atto necessario all'esecuzione dell'incarico ricevuto (25). Agli esecutori spettava pagare i legati, specialmente quelli *ad pias causas* (26); e se gli eredi si rifiutavano consegnare loro beni sufficienti a pagare questi legati, essi potevano citarli e costringerli giudiziariamente (27). A Venezia poi, dovendosi sui legati pagare una tassa del cinque per cento, gli esecutori, prima di pagarli dovevano richiedere l'autorizzazione al magistrato delle acque (28). Gli esecutori potevano essere più (29); ed in tale caso essi dovevano agire di conserva ed in comune, che se qualcuno di loro rifiutava il mandato, l'esecuzione era devoluta tutta agli altri, ancora quando il testatore avesse assegnato a ciascuno incarichi diversi (30).

Il tempo assegnato loro per l'esecuzione del testamento variava secondo le leggi, per molte delle quali era di un anno ed un giorno (31), mentre per altre era minore, come di tre mesi (32), od anche di sei (33). Il

(1) *Stat. Romae*, I, 86; *Stat. Centi*, I, 42.
(2) *Stat. Veron.*, II, 135.
(3) *Stat. Regii*, II, 75.
(4) *Stat. Venet.*, III, 17; *Stat. Bonon.* (1250), V, 6, *nei Mon. storici delle Romagne.*
(5) *Const. Frider.*, I, *a. 1173* in Pertz, *Leg.*, II, 142; *Const. leg. Pis.*, *Add. 1248.*
(6) *Brev. Pisani Commun.*, I., 136; *Const. leg. Pis.*, 31.
(7) Giul., III, 216.
(8) C. 19, X, 3, 26; *Stat. di Cittanova*, V, 7; *Codice dipl. sardo*, 708; Ughelli, V, 1085.
(9) *Breve Portus Kallaritani*, 12.
(10) *Memorie lucch.*, V, 627, 642, 689.
(11) Cf. Walter, op. cit., § 596.
(12) Cf. Giraud, *Précis de l'ancien droit coutum. français*, 1875, p. 98.
(13) Es. in Lupi, I, 840; Giul., III, 216.
(14) *Stat. Cittanova*, V, 7.
(15) *Const. leg. Pis.*, 31.
(16) *Stat. Parenzo*, II, 80; *Stat. Tarv. Prov. duc.*, I, 18; *Stat. Ven.*, *Legge 20 settembre 1767*; *Legge Pietro Leopoldo per la Toscana* (1769) *in Cant.*, XXIX, 222.
(17) *Stat. Venet.*, IV, 18.
(18) *Stat. Venet.*, VI, 48.
(19) *Stat. Venet.*, *Legge 28 giugno 1521*; *Const. Leg. Pis.*, 31, *e add. 1248.*
(20) Giraud, op. e loc. cit.; Warnkönig, *Frank. R. G.*, II, 461.
(21) *Stat. Venet.*, IV, 23; *Stat. Cittanova*, V, 9.
(22) *Stat. Venet.*, IV, 21; VI, 49.
(23) *Const. leg. Pis.*, 31 e *add. 1248.*
(24) Giraud, op. e loc. cit.
(25) *Stat. Venet.*, IV, 23; *Const. Leg. Pis.*, 31.
(26) *Stat. Centi*, III, 4.
(27) *Stat. Cittanova*, V, 9.
(28) *Stat. Venet.*, *Legge 21 marzo 1574.*
(29) *Stat. Cittanova*, V, 9.
(30) *Const. leg. Pis.*, 31; *Stat. Venet.*, IV, 23.
(31) *Const. leg. Pis.*, 31; *Stat. Parenzo*, II, 79; Giraud, op. loc. cit.
(32) *Stat. Sassari*, II, 20.
(33) *Stat. Centi*, III, 4.

mandato ricevuto dagli esecutori (1) non si trasmetteva mai agli eredi loro anche in quei luoghi in cui era dato agli stessi il possesso dei beni (2), il che veramente non avveniva nei primi tempi, qnando il mandato passava a tali eredi (3).

Nel caso che gli esecutori morivano prima di espletare il mandato, o decadevano da questo per qualsiasi motivo, alcune leggi affidavano l'esecuzione delle disposizioni agli eredi nominati nel testamento, od, in mancanza, agli eredi legittimi (4); altre sempre ai più prossimi eredi del defunto (5); altre al magistrato od al vescovo che nominava un sostituto (6); altre infine al magistrato che agiva di propria autorità (7).

Speciali norme erano dettate per i legati pii, nel caso che gli esecutori avessero trascurato di pagarli nel tempo determinato, o che il testatore non avesse nominati esecutori. In questi casi la esecuzione di essi era affidata a certi magistrati (8), od al vescovo (9).

**153.** Se il fondamento giuridico del diritto successorio, nel periodo che di questo capitolo forma oggetto, seguitò in fondo e, per la maggior parte delle nostre legislazioni, quale lo si è studiato nel periodo germanico, col testamento non si poteva interamente distruggere quella specie di diritto di aspettativa che i membri di una famiglia avevano sui beni familiari. Di qui quelle disposizioni che saranno or ora esposte, intorno alla quota legittima, disposizioni che in molte leggi si allontanano da quelle del diritto romano sullo stesso argomento. D'altra parte, non essendo, per la maggior parte di quelle legislazioni, necessaria alla validità del testamento l'istituzione di erede, doveva necessariamente seguire che il testamento non soffrisse per la mancanza dell'istituzione o per la preterizione di quegli eredi che il diritto romano chiamava *sui* o *necessari*. E con altre parole la maggior parte delle nostre legislazioni non conoscevano la così detta *successione necessaria formale*.

Però, come innanzi si è detto, si ebbero luoghi e leggi che seguivano il diritto romano, ed accettavano il principio della necessità dell'istituzione in erede, e in quei luoghi e in quelle leggi si dovette necessariamente accogliere anche l'istituto della successione necessaria formale. Ciò avvenne nei paesi di diritto scritto in Francia; ciò per quelle consuetudini e quegli statuti italiani che richiedevano l'istituzione in erede. Invero alcuni dei nostri statuti proclamano la nullità dei testamenti, nei quali fossero stati preteriti completamente i figli ed i discendenti.

Ecco quello che si legge al riguardo negli Statuti di Brescia del 1483: « Sufficiat in testamentis relinquere filiis et caeteris descendentibus de bonis testantis, quovis titulo, institutionis vel legati, vel relicti, et si minus legitima fuerit relictum, nihil ominus valeat testamentum, ud dicti filii et descendentes possunt agere ad supplementum legitimae. § 1. Ed quod testamenta in quibus filii et caeteri descendentes sive nati, sive posthumi, omnino sint praeteriti non valeant nec teneant. Et predicta etiam observentur et habeant locum in testamentis descendentium » (10). E negli Statuti di Val Camonica del 1622: « In testamentis paternis, maternis et avitis, eo solo respecto ut valeant, sufficiat filiis et aliis descendentibus, quovis iure, vel titulo usque ad quantitatem legitimae eis de jure communi debitae relinquere, et si minus relictum fuerit, testamentum non possit dici nullum, sed ipsi filii ed descendentes petere et consequi possint supplementum legitimae in bonis testantis. § 1. Et testamenta, codicilli et aliae ultima voluntates, in quibus filii et alii descendentes sive nati, sive posthumi omnino fuerint praeteriti, ipso iure non valeant nec teneant. § 2. Et dispositio praesentis statuti observetur in descendentium testamentis erga ascendentes » (11). E gli statuti di Val Trompia del 1676: « 1° È statuito che qualunque persona che voglia far testamento, sia tenuto prima in esso testamento lasciar alli figliuoli suoi e discendenti, per ragion d'istituzione o per altro titolo delli suoi beni infino alla legittima: e se bene fosse stato lasciato men della legittima, sia valido il testamento, ma detti figliuoli ed altri discendenti possano domandare infino al supplemento della legittima nei beni del testatore. 2° Li testamenti ed altre ultime volontà, nelle quali i figliuoli ed altri discendenti nati, o che dopo la morte del padre nascessero, saranno in tutto tralasciati e non nominati non vagliano, ma solo restino fermi i legati pii » (12). Ed in altro capitolo: « È statuito che il padre, l'avo e proavo possano privare della sua eredità i figliuoli, nipoti e pronipoti, mentre che gli altri eredi del testatore provino gl'infrascritti casi, e mentre nelli loro testamenti dichiarino la causa della eseredazione di quelli e donde sia proceduta; altrimenti la eseredazione non provata e non nominata nel testamento non sia di valore, ma essi figliuoli e nipoti possano dimandare i beni ereditari, come possono anche gli altri figliuoli e nipoti, se ve ne sono alcuni; e se non ve ne sono, possano apprendere l'eredità sì come potevano avanti la detta eseredazione, come se fossero succeduti *ab intestato* » (13).

Da tali disposizioni è facile desumere come questi statuti si ispirassero al diritto romano; e come i compilatori di essi avessero praticamente risoluta la quistione che verteva tra i romanisti circa il rapporto della novella 115 di Giustiniano col diritto anteriore. La preterizione dei discendenti e degli ascendenti menava *ipso iure* alla nullità del testamento; e la diseredazione senza causa espressa o per causa non provata giusta, non aveva effetto, e l'erede, diseredato ingiustamente, aveva diritto a tutta l'eredità, od alla sua quota ereditaria, se concorrevano altri eredi, quasi che il defunto fosse morto *ab intestato*.

A bene poi comprendere le disposizioni surriferite in raffronto al diritto romano, bisogna tener presente che dagli stessi statuti, le cui disposizioni ho riportate, fu espressamente dichiarato che non si accoglievano l'istituto e le solennità della *bonorum possessio* del diritto pretorio (14).

Per le altre leggi, invece, la preterizione non aveva la forza di annullare il testamento, appunto perchè per esse non era richiesta l'istituzione di erede, ed a certe

(1) *Stat. Veneti.*, IV, 19, 23.
(2) Warnkönig, op. cit., II, 461, 496.
(3) Beseler, *Erbvertr.*, I, 208.
(4) *Stat. Paduae*, II, 8, 2.
(5) *Stat. Venet.*, IV, 19, 23.
(6) *Const. leg. Pis.*, 31.
(7) *Stat. Venet.*, VI, 21; *Stat. Parenzo*, II, 79; *Stat. Tarvis. Prov. ducal.*, I, 15, 16.
(8) *Stat. Ferr.*, IX, 30; *Stat. Veron.*, IV, 11; *Stat. Venet.*, VI, 21; *Stat. Parenzo*, II, 79; *Breve Pis. Comm.*, I, 136.
(9) *Const. Leg. Pis.*, 31.
(10) *Stat. Brixiae*, 198.
(11) *Stat. Vall. Camon.*, 334.
(12) *Stat. Vall. Trompia*, 138.
(13) *Stat. Vall. Trompia*, 142.
(14) *Stat. Brixiae*, 199; *Stat. Vall. Camon.*, 363.

persone era fatta salva, in ogni caso, una quota dell'eredità. Che anzi non manca tra tali leggi qualcuna che dichiara valido il testamento, ancorchè affetto di preterizione, o di ingiusta diseredazione (1); e qualche altra che implicitamente contiene la medesima disposizione, quando dice valido il testamento anche senza istituzione di erede (2).

Però è notevole che tanto per quelle, quanto per queste leggi il postumo preterito rompeva il testamento nei limiti e secondo le norme già messe innanzi, e che ordinariamente le donne e loro discendenti preteriti non avevano azione per far annullare il testamento (3). Quest'ultima disposizione trova la sua ragione di essere nella preferenza che si accordava ai maschi sulle donne, e nel principio della conservazione dei beni nella famiglia.

**154.** Dovendo ora passare a discorrere della legittima, bisogna distinguere da un lato quegli statuti, che più fortemente vollero conservare il vincolo di famiglia e più fortemente ne riconobbero l'importanza nel diritto successorio, dalle altre leggi; e dall'altro lato la successione paterna dalla materna.

*a)* Quanto ai primi statuti, essi determinano la quota di cui il testatore poteva disporre a favore di estranei, nella coesistenza di parenti successibili *ab intestato;* e dove questa quota era di un terzo (4), dove della metà (5), in modo che, se non v'era diseredazione per giusta causa, gli altri due terzi, o l'altra metà, si lucravano dai parenti più prossimi. Per quelle leggi poi che distinguevano i beni pervenuti dalla linea paterna da quelli pervenuti dalla materna, la quota legittima di quelli andava ai parenti paterni, la quota legittima di questi ai parenti materni, mentre dei beni acquistati dal defunto questi poteva disporre a piacimento (6). Però qualcuna di queste leggi impone la quota legittima sui beni patrimoniali a favore dei discendenti, dei fratelli, delle sorelle e dei loro figli, mancando i quali, il testatore poteva disporne liberamente, specie se a favore di luoghi pii, di poveri, o di persone ecclesiastiche (7).

Altri statuti distinguono la successione di un maschio, da quella di una donna, e mentre sulla prima non dànno alcun diritto ai parenti, che non fossero figli o discendenti: sulla seconda concedono loro una quota della eredità. Ma anche queste leggi hanno disposizioni differenti. Alcune di esse invero riservano sulla successione di una donna la legittima, secondo la misura del diritto comune, ai figli, e la quota assegnata al marito sulla dote, quota la cui misura si è già vista innanzi; mancando figli, riservano un terzo ai fratelli, terzo che, in mancanza di fratelli, si divideva in due parti, di cui una ai figli di fratelli, l'altra agli zii paterni, se concorrevano gli uni e gli altri, poichè mancando quelli, il terzo si aveva tutto da questi e viceversa (8). Altre poi pongono distinzione tra la successione di una donna maritata e quella di una nubile; sulla prima riservano, non essendovi figli, la quarta parte alle persone che sarebbero state chiamate *ab intestato*: sulla seconda invece riservano ai fratelli, alle sorelle ed ai figli di fratelli e sorelle i due terzi, sicchè la nubile, poteva disporre solo di un terzo per testamento; mentre riservano la sola metà agli altri parenti successibili, mancando fratelli, sorelle e loro figli (9).

**155.** *b)* Ma la maggior parte delle nostre leggi limitano la legittima ai discendenti, e qualcuna anche agli ascendenti, in modo che, mancando questi, il testatore poteva liberamente disporre di tutto il suo patrimonio. Però mentre esse variano nel determinare la misura della quota legittima, alcune assegnano una legittima più larga ai figli sulla eredità materna, ponendo così distinzione tra successione testata paterna e successione testata materna.

Quanto alla misura, alcune leggi, che ritraggono più fortemente dal diritto germanico, determinano la quota legittima in una misura larghissima, come, ad esempio, alla metà del patrimonio ereditario se il figlio era uno: chè se erano più i figli, dispongono che tutto il patrimonio fosse diviso in tante quote quanti i figli ed il padre insieme, lasciando a quest'ultimo di disporre della sola quota a lui spettante (10); altre, assegnano, a titolo di legittima, la metà del patrimonio ereditario se i figli erano più di quattro, i due terzi se cinque o più (11): altre il terzo se il figlio era uno solo, la metà se due, i due terzi se tre o più (12); altre ancora, senza fare tali distinzioni, assegnano senz'altro ai discendenti i due terzi della eredità come quota di riserva (13).

Altre leggi accettano, quanto alla misura della quota legittima, quella determinata dalla novella giustinianea (14); che anzi alcune di esse ciò dicono espressamente (15), mentre altre, non determinandola, e pur parlando di quota legittima, si rimettono al diritto comune.

Altre poi accordano ai figli una quota anche inferiore a quella determinata dal diritto romano giustinianeo, e ciò principalmente per impedire il frazionamento della proprietà fondiaria, anzi che per reazione al diritto germanico. Infatti, lasciando il testatore arbitro di disporre di tutte o quasi tutte le sue sostanze, era molto più probabile che ne avesse disposto a favore di una sola persona, anzi che di molte. Non si potrebbe però negare che questo eccessivo rispetto per la volontà del testatore in danno degli eredi del sangue non sia un'esagerazione del principio romano accolto nelle nostre legislazioni.

Adunque tra queste leggi alcune determinano la legittima in una quota inferiore, come, ad esempio, il terzo di ciò che ai figli sarebbe toccato nella successione intestata (16): altre invece proclamano il principio che il figlio debba contentarsi di quanto il padre gli ha lasciato col testamento, senza poter pretendere altro, fosse la quota, in cui è stato instituito, anche minima (17). Altre contengono una simile disposizione, ma per i soli figli emancipati (18), il che si spiega facilmente col considerare da un lato che gli emancipati

(1) *Stat. Castri Arquati*, 27.
(2) *Stat. Varisii*, 39.
(3) *Stat. Centi*, III, 1; *Leg. munic. Pist.*, II, 102; *Const. Patriae Forojulii*, 132.
(4) *Stat. Tarvisii*, II, 3, 2; *Stat. Valtellina*, I, 101.
(5) *Cons. Neapol.*, 3; *Cons. Surrenti*, 3; *Cons. Calatagir.*, 31.
(6) *Cons. Neapol.* e *Surrenti*, cit.
(7) *Cons. Calatagir.*, 31.
(8) *Stat. Bonon.*, 112; *Stat. Centi*, III, 11.
(9) *Stat. Lucae*, II, 23.
(10) *Const. leg. Pis.*, 34.
(11) *Stat. Valtellina*, I, 189.
(12) *Stat. Lucae*, II, 7.
(13) *Stat. Castri Arquati*, IV, 22.
(14) *Stat. Mediol.*, 456; II, 485; *Stat. Bonon.*, 107, 112; *Stat. Cremae*, fol. 64 tergo; *Stat. Centi*, III, 1, 11; *Stat. Belluni*, II, 138; *Stat. Callii*, II, 67; *Stat. Brixiae*, 198; *Stat. Vall. Trompia*, 138; *Stat. Vall. Camon.*, 334; *Stat. Rovereto*, I, 79, ecc.
(15) *Stat. Varisii*, 43.
(16) *Stat. Venet.*, IV, 36.
(17) *Stat. Parenzo*, II, 63.
(18) *Stat. Rovigno*, II, 72.

al tempo dell'emancipazione solevano avere una quota del patrimonio familiare, e dall'altro che essi riguardavansi quasi fossero dei forofamiliati quasi cioè fossero usciti dalla famiglia.

In Sicilia le disposizioni che riguardano la legittima vogliono essere spiegate pel sistema vigente della divisione dei beni familiari tra il padre, la madre ed i figli. Questi adunque avevano già la loro quota, ed è però che il padre non era obbligato a lasciare loro per testamento una quota determinata: bastava ch'egli li avesse in certo modo riconosciuti nell'atto di sua ultima volontà (1); che anzi qualcuna di quelle consuetudini non richiede neanche che il padre riconoscesse con qualche lascito i figli (2). Però l'obbligo di lasciare qualche cosa ai figli era più forte quando il genitore aveva figli di più matrimoni, in modo che, preteriti i i figli del matrimonio precedente, questi succedevano come se chiamati *ab intestato* (3).

**156.** *c*) Come si è detto innanzi, alcune leggi, nel determinare la misura della legittima fanno distinzione tra successione paterna e successione materna. Per la prima valevano le norme già esposte. Quanto alla seconda andrò brevemenle esponendo le varietà che si notano in quelle legislazioni. Alcune negano completamente alla madre la facoltà di disporre de' suoi beni, esistendo figli, e solo le dànno facoltà di lasciare una quota minima a titolo di legato pio, quota che per lo più era del decimo (4), quantunque non manchi una misura diversa, come del settimo (5), o del quarto (6). Altre proibiscono alla madre di disporre a favore di estranei o dello stesso marito di una quota superiore a quella che lasciava a ciascuno dei figli (7). Altre riserbano ai figli in ogni caso i tre quarti della eredità materna (8). Altre ancora determinano la quota legittima dei figli nel terzo dell' eredità materna se tre o meno: che se piu, la madre poteva disporre solo della quota che le spettava, dividendo l'eredità con i figli (9).

Per le consuetudini sicule, infine, la madre poteva disporre solo dei beni mobili della sua quota di comunione, dovendo gli stabili andare ai figli; e se la quota risultava di soli beni stabili, allora potea disporre della metà di essi solamente (10).

**157.** *d*) Quando poi il testamento era *inter liberos*, quando cioè il padre divideva la sua eredità tra i suoi figli, per alcune leggi gli era assolutamente vietato avvantaggiare uno a discapito degli altri, assegnandogli una quota maggiore (11); per altre ciò gli era concesso, ed egli poteva fare un trattamento diverso a quello dei figli che si fosse mostrato più religioso, o gli avesse prestato maggiori servigii, ed assegnargli un di più di maggiore o minore entità, secondo il numero degli altri figli, come un terzo se i figli erano due, un quarto se tre e via (12). In altri statuti non si leggono simili limitazioni.

Quando poi era la madre di figli nati da diversi matrimoni, che testava *inter liberos*, allora le nostre legislazioni disponevano che ella non potesse favorire alcuni dei suoi figli a danno di altri (13).

**158.** *e*) Tutte le norme che finora si sono venute esponendo intorno alla legittima non valevano per le figlie e per le loro discendenti. Esse, per la maggior parte delle nostre legislazioni, salvo per quelle che si ispirano al diritto romano e perciò fanno un eguale trattamento ai figli ed alle figlie, dovevano contentarsi di quanto loro il padre o la madre aveva assegnato, sia a titolo di dote, sia per testamento (14). Che se erano state preterite, e vi erano figli maschi, allora non potevano pretendere, se indotate, che gli alimenti e la dote (15). Esse quindi non avevano diritto ad una quota legittima o di riserva; che anzi non manca qualche legge, la quale, mentre determina che le discendenti, escluse dalla successione *ab intestato*, abbiano diritto ad una dote eguale alla legittima, dispone poi che esse fossero contente di ciò che loro aveva dato o lasciato il padre o l' ascendente, ancorchè inferiore alla legittima, e negano loro ogni azione pel completamento di questa (16).

Però tale regola aveva generalmente luogo, quando concorrevano discendenti maschi, poichè se erano state istituite eredi nel testamento delle donne, le figlie avevano diritto a pretendere ciò che loro spettava per diritto comune (17). E per qualche legge la legittima alle figlie era anche fatta salva, quando gl'istituiti eredi erano figli naturali, ancorchè legittimati (18).

**159.** *f*) Poche leggi si occupano della legittima toccante agli ascendenti, ed esse per lo più si rimettono, per la misura, al diritto comune (19). Ma la riserva aveva riguardo, salvo per le leggi che fanno eguale trattamento ai genitori, solamente agli ascendenti maschi e della linea maschile. Però alla madre era riservata una quota in proprietà, purchè non eccedente una data misura (20), o l'usufrutto della legittima che le sarebbe toccata per diritto comune (21).

**160.** *g*) Infine, per alcune leggi, la quota spettante al marito sulla dote della moglie nella successione testata, gli veniva riservata, anche quando la moglie avesse disposto dei suoi beni per testamento (22).

**161.** La quota legittima doveva esser libera da ogni peso, e però non si poteva dal testatore limitare con obblighi o condizioni. Per determinarla, quando si trattava della legittima dovuta ai figli, si comprendevano nel numero di questi anche le figlie, alle quali però

(1) *Cons. Messan.*, 5; *Cons. Cataniae*, 6, 23; *Cons. Noti*, 1; *Cons. Pactar.*, 15; *Cons. Lipar.*, 12, 4; *Cons. Agrigent.*, 3.

(2) *Cons. Syracus.*, 4.

(3) *Cons. Noti*, 2; *Cons. Pactar.*, 18.

(4) *Stat, Rom.*, 1, 134; *Stat. Monfestino*, II, 99; *Stat. Paduae* (1277), 584.

(5) *Stat. Novar.*, II, p. 59.

(6) *Stat. Belluni*, II, 149; *Stat. Feltriae*, III, 69.

(7) *Ius munic. Vicent.*, p. 183.

(8) *Stat. Vall. Siccidae*, I, 67.

(9) *Const. leg. Pis.*, 34.

(10) *Cons. Messan.*, 1; *Cons. Noti*, 1; *Cons. Pactar.*, 16; *Cons. Lipar.*, 12, 5; *Cons. Agrig.*, 3.

(11) *Cons. Mediol.*, 13; *Stat. Mediol.*, I, 305.

(12) *Const. leg. Pis.*, 33.

(13) *Stat. Sassuolo*, II, 87; *Stat. Cesena*, p. 56; *Stat. Monfestino*, II, 99.

(14) *Stat. Florent.*, II, 30; *Stat. Veron.*, II, 83; *Stat. Mutin.*, III, 73; *Stat. Rom.*, I, 141; *Stat. Cremae*, fol. 64, tergo; *Stat. Corrigiae*, II, 77; *Stat. Centi*, III, 1; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 144; *Stat. Terrae Argentae*, p. 75; *Stat. Tartii*, p. 29; *Stat. Castri Arquati*, II, 24; *Stat. Callii*, II, 65.

(15) *Leg. munic. Pistor.*, II, 102; *Const. Foroiul.*, 132.

(16) *Stat. Ferrariae*, II, 139, 140.

(17) *Stat. Bonon.*, 107; *Stat. Belluni*, II, 138; *Stat. Callii*, II, 65; *Stat. Trident.*, 192; *Const. patr. Foroiul.*, 132.

(18) *Stat. Rovereto*, I, 79.

(19) *Cons. Neapol.*, 4; *Cons. Surrenti*, 4; *Stat. Tarvis.*, *Prov. duc.*, I, 23; *Stat. Rovigno*, II, 70; *Stat. Ferr.*, II, 138; *Stat. Cremae*, fol. 64 tergo.

(20) *Const. Leg. Pis.*, 35.

(21) *Stat. Ferrariae*, II, 135.

(22) *Stat. Feltriae*, III, 72.

spettava solamente la dote, e la quota che loro sarebbe toccata si accresceva ai fratelli (1); che anzi la dote delle figlie era considerata come debito dell'eredità (2).

A tutelare la quota legittima, solo per quelle leggi che richiedevano i figli non fossero preteriti era concessa la querela *inofficiosi testamenti* (3); per la maggior parte invece delle nostre leggi, anche in caso di totale preterizione, era concessa l'azione per conseguire la legittima (4). Quando poi la quota lasciata ai figli era inferiore alla legittima, essi avevano azione pel completamento di questa (5), azione che veniva negata, come innanzi si è detto, alle figlie, specie se gli istituiti erano figli o discendenti maschi, della linea maschile.

**162.** Fuori d'Italia ancora le norme intorno alla quota legittima si discostavano da quelle del diritto romano. In Francia, nei paesi di diritto scritto, era questo diritto che osservavasi anche per la determinazione della quota di riserva. Devesi però fare eccezione per alcuni di quei paesi, nei quali bastava che il padre avesse lasciato ai figli una cosa qualsiasi, anche di minimo valore, perchè i figli dovessero accontentarsi, senza che potessero pretendere una quota di legge (6). Ma l'ordinanza del 1735 abolì questa disposizione, richiamando in vigore quella del diritto romano (7). Nei paesi poi di diritto consuetudinario la quota di riserva era la maggiore dell'eredità, poichè il testatore in alcuni luoghi, avendo figli, non poteva disporre che di un terzo dei mobili, dovendo il resto e gli stabili, sia aviti, sia acquisiti riservare ai figli, in mancanza dei quali poteva disporre anche di un terzo degli immobili acquisiti (8): altrove anche di una quota dei beni aviti, come del quinto o del terzo (9). In mancanza di figli quindi, la riserva andava a vantaggio dei collaterali, i quali non ne potevano essere spogliati neppure in caso di indegnità. Che anzi, se colla semplice riserva gli eredi legittimi si sarebbero trovati in condizioni economiche difficili, potevano rivolgersi al giudice, per ottenere una riduzione nelle disposizioni del testatore (10); salvo che si fossero resi indegni, poichè allora non potevano affacciare altra pretesa, e dovevano tenersi contenti alla quota di riserva (11). Però mano mano si ammise la diseredazione per le cause contemplate dal diritto romano e per altre già viste innanzi, e tanto per i discendenti quanto per i collaterali (12). Da altra parte le consuetudini di Parigi del 1580 disposero che i figli avessero diritto alla metà di ciò che loro sarebbe toccato *ab intestato*, se non preferivano la riserva consuetudinaria che riguardava, per lo più, solo i beni aviti (13); e questa disposizione delle consuetudini di Parigi fu nel 1672 estesa a tutti quei luoghi di diritto consuetudinario, i cui costumi non determinavano la quota di riserva (14).

Nei testamenti poi *inter liberos*, parlo sempre di diritto consuetudinario, il padre non poteva ordinariamente avvantaggiare alcuno dei figli, i quali erano tenuti a mettere in collazione tutto ciò che avevano ricevuto in precedenza dal testatore (15). Non mancano però certi costumi i quali concedono al figlio, che avesse ricevuto una donazione, di conservare questa e rinunziare all'eredità (16).

**163.** Ma, oltre la quota di riserva ai parenti, per consuetudini locali, confermate da sinodi ecclesiastici, una parte della sostanza mobile del defunto doveva, vi fosse o non vi fosse disposizione all'uopo, erogarsi in opere pie (17); che anzi in alcuni luoghi era il vescovo che faceva il testamento per l'anima del defunto, come nel Napoletano (18). E non mancano leggi civili che determinano la quota da erogarsi in beneficio dell'anima del defunto, sia nella successione intestata, sia nella testata (19); come vi sono leggi che impongono ai notai l'obbligo di ricordare ai testatori di disporre di qualche cosa a favore di opere pie (20). Però coll'andar del tempo queste consuetudini andarono scomparendo, ed i testamenti a favore dell'anima, fatti dai vescovi, vennero aboliti (21).

Altre leggi poi imposero l'obbligo ai testatori di lasciare una parte di ciò, che volevano erogato per l'anima, a beneficio di opere pubbliche (22).

### § 4. — *Dell'acquisto dell'eredità.*

**164.** Come già al principio di questo capitolo si è detto, quanto all'acquisto della eredità, le legislazioni nostre, e più ancora quelle di altri paesi riprodussero i concetti ed i principii del diritto germanico, che non corrispondevano a quelli del diritto romano. Invero, mentre questo richiedeva, per l'acquisto dell'eredità, il concorso della delazione e dell'adizione, e dettava norme al riguardo; quello, partendo dal principio che gli eredi avessero un diritto di aspettativa sul patrimonio ereditario, e che quindi essi fossero chiamati alla eredità, non in forza di passaggio di diritti dal defunto agli eredi, ma in forza di un diritto proprio e preesistente sui beni ereditarii, respingeva i concetti della delazione e dell'adizione, e dichiarava l'erede immesso di diritto nel possesso dell'eredità, alla morte dell'autore.

Questo principio venne dalla successione intestata, che originariamente era l'unica nel diritto germanico, trasportato alla successione testamentaria. Tale estensione non avvenne, per avere unicità di principii nel

(1) *Stat. Varisii*, 43; *Stat. Callii*, II, 67; *Stat. Cremae*, fol. 64, tergo.

(2) *Stat. Varisii*, 43.

(3) *Stat. Brixiae*, 198; *Stat. Vall. Trompia*, 138; *Stat. Vall. Camonica*, 334; Cf. *Stat. Centi*, III, 1; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 144.

(4) *Stat. Castri Arquati*, IV, 27; *Stat. Monfestino*, II, 102; *Stat. Bonon.*, 107.

(5) *Stat. Bonon.*, 107; *Stat. Cremae*, fol. 64 tergo; *Stat. Centi*, III, 1; *Stat. Belluni*, II, 133; *Stat. Brixiae*, 198; *Stat. Vall. Trompia*, 138; *Stat. Vall. Camon.*, 334.

(6) *Cout. de Toulouse*, 123; *Thalamus parvus*, 56, 57; *Stat. de Montpellier* (ed. 1836), p. 30.

(7) *Ordonn. du 1735*, art. 50, 51, 52 (in Isamberte).

(8) *Cout. de Normandie*, 418, 422.

(9) *Etabliss. de Saint-Louis* (Viollet), I, p. 127-28; Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, XII; *Grand Contumier*, II, 40.

(10) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, XII, 17, 18, 19; Fontaine, 31, 10.

(11) Beaumanoir, loc. cit.

(12) Cf. Prevot de la Jannés, *Les princ. de la jurisprudence française*, I, 109.

(13) *Coutume de Paris*, 298.

(14) Laurine, *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*, I, 168.

(15) Beaumanoir, loc. cit., XII, 3; *Grand Contumier*, II, 40; *Cout. de Touraine*, 302, 304, 309; *du Maine*, 278; *d'Anjou*, 260; *de Dunois*, 64.

(16) *Cout. de Paris*, 307.

(17) *Synod. exoniens.*, *1287*, c. 51.

(18) Grimaldi, *Storia delle leggi e dei magistrati del regno di Napoli*, VII, 355.

(19) *Schwabensp.*, 14, 164; *Assise dei re di Sicilia*, Cod. Cass., 37; *Stat. Bonon.*, 1250, v. 6; *Stat. Florent.*, V, 3, 71.

(20) *Breve Pisan. Comm.*, 1, 136.

(21) A Napoli furono aboliti da Carlo III nel 1738; Bianchini, *Storia delle finanze del Regno di Napoli*, p. 407.

(22) *Stat. Cons. Niciae*, nei *M. h. p.* Leg. mun., p. 32.

regolare l'acquisto della eredità, tanto nelle successioni intestate, quanto nelle testate; ma, a mio modo di vedere, per il carattere che il testamento acquistò, passando dal diritto romano nel germanico. Prima ancora che il testamento fosse penetrato nelle legislazioni germaniche, queste avevano la donazione a causa di morte, la donazione *post obitum*, con le quali uno poteva nominarsi un erede, donde la denominazione anche di *adoptio in heredem* data a tale donazione. Con queste istituzioni tra vivi, che a principio erano irrevocabili e pubbliche, il donatario, o l'erede adottato acquistava un diritto di aspettativa anch'egli sui beni assegnatigli, in modo che, alla morte del donante, si trovava di diritto immesso nel possesso dei beni medesimi; e questo concetto non scomparve per certo, quando quelle donazioni cominciarono a diventare segrete e revocabili. Ora, accolto il testamento nelle legislazioni germaniche, esso ne apparve con gli stessi caratteri delle donazioni a causa di morte revocabili e segrete, e quindi doveva seguire che gli eredi nominati nel testamento, come quelli nominati nelle donazioni a causa di morte, acquistassero, al momento della presentazione del testamento, e cioè mentre era vivo il testatore, un diritto di aspettativa che veniva in atto alla morte del testatore medesimo. E poichè il testamento, per la maggior parte delle nostre legislazioni, conservò il carattere acquistato nel diritto germanico, ne doveva venire come necessaria conseguenza, che anche gli eredi testamentarii si dovessero considerare come *ipso iure* immessi nel possesso dei beni loro assegnati.

Però i risorti studi del romano diritto influirono a che, nella compilazione degli statuti, i concetti romani della delazione e dell'adizione della eredità non restassero assolutamente esclusi, e s'innestassero con il concetto germanico. Di qui venne che, parecchi statuti mentre parlano della delazione e dell'adizione dell'eredità, considerassero poi la delazione e l'adizione avvenute *ipso iure* alla morte dell'autore (1).

**165.** Ma, come vi furono degli statuti che ritrassero più fedelmente il concetto romano del testamento, così vi furono legislazioni che accolsero e conservarono quasi intatti i concetti romani della delazione e dell'adizione dell'eredità. Però, anche queste legislazioni non sono pienamente conformi tra loro, poichè se ve ne sono alcune, le quali richiesero l'adizione, perchè il chiamato dalla legge o dal testamento acquistasse la qualità di erede, e quindi il possesso delle cose ereditarie, che per certe leggi doveva domandare giudiziariamente, come sarà veduto più propriamente in prosieguo (2); ve ne sono altre che accolsero il concetto germanico del passaggio *ipso iure* del possesso dall'autore all'erede, ma accolsero pure i concetti romani della delazione e dell'adizione per certi rapporti giuridici, come ad esempio pel pagamento dei legati (3), o per la trasmissione dei diritti ereditari (4).

Per qualche altra legge poi si conservò quasi intatta la distinzione di eredi necessari e di eredi non necessari od estranei; e mentre le eredità delate a quelli si trasmettevano anche senza che fosse intervenuta adizione (5), per ogni altra eredità l'adizione era necessaria all'acquisto, ed essa poteva essere fatta, quando fossero chiamati più fratelli, da uno di loro per gli altri che per caso si fossero trovati assenti (6).

Come facilmente scorgesi, discorrendo della legislazione statutaria e delle posteriori, nè può dirsi che quanto all'acquisto dell'eredità siansi conservati intatti i principii del diritto germanico, nè che i principii del giure romano al riguardo abbiano esclusi quelli del germanico. Avvenne invece una fusione tra i concetti germanici ed i romani; e solo può dirsi che in alcune legislazioni predominarono i principii romani, in altre i principii del diritto germanico.

**166.** Che se si volge lo sguardo fuori d'Italia, si troverà che, tanto nei paesi di diritto consuetudinario di Francia (7), quanto in Germania (8) si conservò fortemente il principio che l'erede non avesse bisogno di adire l'eredità per acquistarla, come dimostra la massima: *le mort saisit le vif* per la Francia, e la massima: *Der Todte erbt den Lebendigen* per la Germania.

Non così per i paesi di diritto scritto in Francia, dove seguivansi le norme del romano diritto, e furono quindi conservati i concetti della delazione e dell'adizione della eredità con tutti i loro effetti e le loro conseguenze giuridiche.

E quanto alla Germania bisogna pure osservare che, per influenza del diritto romano, nel secolo XIV fu imposto all'erede di prendere effettivamente possesso dell'eredità (9).

**167.** Una delle conseguenze più notevoli del principio pel quale l'erede, alla morte del suo autore, acquistava di diritto l'eredità e si trovava immesso nel possesso dei beni ereditarii *ipso iure*, si era che, premorendo egli, senza aver ancora preso materiale possesso dell'eredità stessa, trasmettesse, ciò nonpertanto, i suoi diritti ereditari agli eredi. Ciò avveniva in Italia (10) ed altrove (11). Però il concetto romano dell'adizione s'innestò, diciamo così, a questa conseguenza del principio germanico, e i nostri statuti, quando vogliono formulare la norma che l'erede trasmette i suoi diritti ereditari da lui acquistati pel solo fatto della morte dell'autore, dicono: l'eredità *delata* si trasmette, anche non *adita*, agli eredi del chiamato. Così negli Statuti di Bologna si legge: « Omnis hereditas *delata* alicui ex testamento vel ab intestato, si heres moriatur ante *aditam*... trasmittitur ad eius heredes et heredes heredum in infinitum ex testamento vel ab intestato » (12). Ed in quelli di Pisa: « Hereditatem ad aliquem... ex testamento vel aliter de voluntate (devolutam) possit quis, etiam non *aditam*, ad instar legati, ad heredes suos vel extranuo transmittere » (13).

Ma per quelle legislazioni che più fedelmente accolsero i concetti della delazione e dell'adizione dell'eredità, la norma ora esposta non poteva aver vigore. L'eredità non adita non avevasi per acquistata; essa quindi non si trasmetteva agli eredi del chiamato. Però, come nel diritto romano giustinianeo l'eredità, devoluta sia per testamento, sia per legge ai discendenti, si trasmetteva, ancorchè non acquistata per mancanza di adizione, così ancora in quelle legislazioni, che richiesero per l'acquisto dell'eredità l'adizione, si ammise

(1) *Stat. Cremonae*, 368; *Stat. Cremae*, fol. 63 tergo.
(2) *Const. Foroiul.*, 147.
(3) *Stat. Varisii*, 42; *Const. Foroiul.*, 148.
(4) *Stat. Monfestino*, II, 107; *Stat. Varisii*, 44.
(5) *Stat. Genu.*, V, 18.
(6) *Stat. Genu.*, V, 20.
(7) *Grand Coutumier*, II, 21; Giraud, op. cit., p. 44, 45.
(8) *Sachsenspieg.*, II, 31, 1; II, 60, 2; *Schwabenspieg.*, 140.
(9) *Keyserrecht*, II, 49.
(10) *Stat. Venet.*, IV, 5; *Const. leg. Pis.*, 31.
(11) *Sachsenspieg.*, I, 33; Giraud, op. e loc. cit.
(12) *Stat. Bonon.*, 109, 21.
(13) *Const. leg. Pis.*, 31.

il principio che l'eredità devoluta ai discendenti od agli ascendenti, si trasmettesse, anche quando l'erede chiamato od istituito fosse premorto all'adizione. Ecco come al riguardo si esprime lo statuto genovese: « Filius et filia haereditatem paternam et maternam et ascendentium etiam non aditam et pater et mater haereditatem filiorum et descendentium etiam non aditam transmittant ad quemcumque haeredem, quemadmodum transmitterent si ante mortem adiissent » (1). E lo statuto di Varese a sua volta dice: « ..... filius et filia haereditatem paternam et maternam sibi delatam etiam non aditam transmittant ad quemcumque haeredem quemadmodum transmitterent, si ante mortem adiissent, seu se immiscuissent in ea, et e converso mater et avus haereditatem filii et nepotis quantumcumque non aditam transmittant » (2).

È notevole ancora quanto intorno alla trasmissione dei diritti ereditari dispone lo statuto di Monfestino. Esso accoglie al riguardo i principii del diritto romano ai quali si rimette; però, allargando una disposizione dello stesso diritto romano, decreta che se l'eredità sia delata a minori di 25 anni, ovvero a donne, e questi premuoiano alla adizione, i diritti ereditari si trasmettano ai loro eredi. Ecco le parole dello Statuto: « Per levar via tutte le difficoltà che alla giornata possono occorrere ordiniamo che se alcuna heredità over jus hereditario, pervenisse a donna di qualsivoglia età et a maschio minor di venticinque anni, e mentre vivevano non havevano acquistata l'heredità, over il jus hereditario, se però l'habbino potuto acquistare, vogliamo che s'intenda haverla trasmessa, e subito s'intende haverla trasmessa a qualsivoglia suo erede che dovesse de jure succedere ab intestato. Nelli maschi maggiori di venticinque anni vogliamo che si osservi la ragione comune » (3).

Lo statuto veneto poi, mentre ammette che la eredità devoluta ad un discendente, morto prima dell'adizione, sia trasmessa ai suoi eredi in infinito, limita tale trasmissione per l'eredità devoluta ad altre persone in favore dei primi eredi. Le parole dello statuto daranno un concetto più esatto della disposizione. « Volentes ut propter desidiam alicuius, qui dimissoriam sibi relictam a parentibus non exigit, haeredes sui nullum praejudicium patiantur, statuimus, ut si a Patre, vel Matre filio, vel filiis dimissoria fuerit relicta, et ipse filius vel filia moritur, antequam ei dimissoria solvatur, haeredes eius ipsam dimissoriam petere, et excutere possint. Quod si etiam dicti haeredes non exigerent, similiter possit eorum ordinum ipsorum haeredum exigere possint, et sic de omnibus haeredibus qui sequuntur. Idem quando avus vel avia reliquit nepotibus vel neptibus suis, ut isti nepotes vel neptes et haeredes eorum et omnes haeredes qui sequuntur, ut supra dictum est, petere possint. Et in hoc casu appellamus haeredes omnes qui descendunt ab eis. Volumus tamen quod dictae personae, quae excutere possunt, possint de eis disponere, ante quam moriantur, sicut de aliis rebus suis quamvis eas non excusserint. Et quae supra diximus locum habent, quando dictae personae nihil disposuerunt » (4). « Sed si omnes aliae personae, praeter istae, dimissoriam alicui dimiserint, et ille, cui dimissoria relicta est, non excusserit, volumus quod ipse possit de ea disponere sicut de aliis rebus suis. Si autem nihil de ea disposuerit, volumus quod eam petere et excutere possint haeredes sui sicut et alias suas res. Sed si haeredes sui eam non excusserint, non possint ulterius haeredes haeredum vel alii sequentes petere vel excutere. Et appellamus in hoc casu eos haeredes qui veniunt ad successionem defuncti » (5).

**168.** Dicevamo che per diritto germanico gli eredi, venendo all'eredità in forza di un diritto di aspettativa che avevano sul patrimonio familiare, alla morte dell'autore si trovavano *ipso iure* immessi nel possesso delle cose ereditarie. Le legislazioni posteriori italiane, accogliendo per la maggior parte il concetto germanico, dovevano anche provvedere a che l'erede avesse giuridicamente il possesso delle cose ereditarie alla morte dell'autore, e di esso giuridicamente potesse avvalersi.

Ed è notevole questo: che gli stessi romanisti e giureconsulti dell'epoca accolsero la massima: il morto impossessa il vivo, che cercarono conciliare con la dottrina romana (6). E poichè ai giureconsulti erano affidate la compilazione e la revisione degli statuti, ne seguì che essi introdussero in questi il principio contenuto in quella massima. Infatti la maggior parte dei nostri statuti e delle nostre leggi, anche quelle che accolsero il concetto dell'adizione, per innestarlo al concetto germanico dell'acquisto dell'eredità *ipso iure*, disposero che all'apertura della successione il possesso si avesse di diritto passato dall'autore all'erede, il quale quindi era facoltato a ricorrere a tutti quei mezzi giuridici, di cui avrebbe potuto avvalersi il defunto per tutelare il suo possesso. A voler riportare questa disposizione così com'è concepita in tutti i corpi di leggi, di cui mi vo' occupando, non si riuscirebbe che ad una continua ripetizione e lunga, ond'è ch'io mi limito a riportarla così come è concepita in alcuni. Gli statuti di Crema così si esprimono: « Omnis tenuta et possessio quam habuisset aliqua persona defuncta de aliqua re immobili, vel mobili, tempore mortis et vitae suae, ipso iure intelligatur et sit continuata et translata in haeredes ex testamento vel ab intestato, ac si corpore vel pro se, vel auctoritate iudicis corporalem possessionem accepissent ipsi haeredes, etiam quando aliquis actus facti apprehensionis non intervenerit, et dicti haeredes intelligantur possidere res quas possidebat defunctus tempore vitae et mortis eius, non obstante, quod dictam possessionem non intrassent » (7). E lo statuto di Verona: « Possessio bonorum defunctae personae, quam habebat tempore mortis, conjunctim transeat ad haeredes, sive ex testamento sive sine testamento succedentes secundum ordinem successionis, ipso iure, etiam si a defuncto non fuerit apprehensa, non obstante quod aliquis sua propria auctoritate post mortem dictae personae defunctae occupasset, seu ingressus fuisset ipsam possessionem » (8). E gli statuti di Roma: « Possessio quorumcumque bonorum testatorum vel ab intestato defunctorum in haeredes suos tantum praesentium statutorum auctoritate continuata censeatur. Senatorque et iudices eosdem haeredes in possessione manutenere, et reducere iuris et facti remediis opportunis omnino

(1) *Stat. Genuae*, v, 18.
(2) *Stat Varisii*, 44.
(3) *Stat. Monfestino*, II, 107.
(4) *Stat. Venet.*, IV, 5.
(5) *Stat. Venet.*, IV, 6.

(6) Cf. Renaud, *Die französisch. Rechtregel: Le mort saisit le vif*, loc. cit.; Heusler, *Gewere*, 324, 330, 362.
(7) *Stat. Cremae*, fol. 62.
(8) *Stat. Veronae*, II, 81; Cf. *Stat. Veronae*, 1228, c. 40.

teneantur » (1). Una simile disposizione si legge in moltissime altre legislazioni (2).

Però per quelle che accolsero il concetto romano dell'adizione, innestandolo al concetto germanico dell'acquisto dell'eredità *ipso iure* alla morte dell'autore, la stessa norma è espressa con altre parole, ed è detto che il possesso del defunto passa di diritto all'erede, anche prima dell'adizione. E con altre parole per queste leggi l'adizione, anche fatta dopo, si considerava come avvenuta alla morte del *de cuius*, contemporaneamente alla delazione. Ecco invero come si esprime lo Statuto di Ferrara: « Statuimus et ordinamus quod possessio defuncti censeatur translata et continuata in haeredem unum vel plures ipsius defuncti a morte ipsius; etiam ante aditionem haereditatis, seu apprehensionem factam per haeredem ipsius haereditatis, et etiam si alius prius occupasset eam vel eius partem aliquam, et quod ex ea possessione sicut supra translata tribuantur seu competant quaelibet interdicta et remedia possessoria etiam recuperandae » (3). Lo stesso si legge in altri statuti e leggi (4).

Inoltre tra le nostre legislazioni si notano anche altre differenze. Alcune, invero, limitano il passaggio del possesso ai soli eredi e non ai legatari (5); altre lo estendono anche ai legatari (6); altre invece limitano il diritto di prendere di propria autorità possesso delle cose ereditarie agli ascendenti, ai discendenti, ai fratelli, alle sorelle ed all'erede nominato nel testamento (7); altre ammettono il passaggio dal possesso *ipso iure* per i soli immobili (8); altre pongono questa limitazione per i soli legatari, che potevano di propria autorità prendere possesso degli immobili loro legati (9).

Il possesso che passava *ipso iure* dal defunto all'erede era il possesso giuridico, non il corporale; sicchè, quasi con una finzione, si riteneva che l'erede avesse il possesso anche materiale delle cose ereditarie. Quanto poi all'immissione nel possesso delle cose medesime, alcune delle leggi ricordate dànno all'erede il diritto di occuparle di propria autorità, senza, cioè, l'intervento di magistrati od ufficiali (10), e qualcuna dà tale diritto anche ai legatari (11); altre invece richiedono che la immissione in possesso avvenga coll'intervento del magistrato, ma senza strepito o figura di giudizio (12). Altre poi dànno ai discendenti, agli ascendenti, ai fratelli e sorelle ed all'erede nominato nel testamento, la facoltà di prendere per sè corporale possesso delle cose ereditarie possedute dal defunto, mentre per gli altri eredi richieggono che l'immissione avvenga coll'intervento dell'autorità, ma senza strepito o figura di giudizio (13). Il magistrato intanto era tenuto a mantenere gli eredi nel possesso delle cose già possedute dal defunto fino a tanto che in giudizio petitorio non si fosse dimostrato la non pertinenza di esse al defunto (14).

**169.** Ma vi sono legislazioni, le quali non accettano il concetto germanico e per esse l'erede doveva rivolgersi al magistrato e chiedere a questo il possesso delle cose ereditarie, dimostrando la sua qualità di erede (15). Così, per le costituzioni friulane, l'erede doveva provare innanzi al magistrato il suo diritto ereditario ed attendere venticinque giorni, durante il qual periodo qualunque contraddittore poteva presentarsi, sia per contestare la qualità di erede dell'instante, sia per sostenere i suoi diritti ad alcuna delle cose di cui si chiedeva il possesso (16).

Così ancora e più per la legislazione veneta, la quale aveva svolto il concetto romano dell'adizione dell'eredità, l'erede non poteva conseguire il possesso dei beni ereditarii senza l'intervento del magistrato, il quale, dietro istanza delle persone interessate, emetteva, al riguardo, una specie di sentenza o decreto, col quale legalmente e solennemente immetteva l'erede nel possesso dei beni ereditari (17).

Anche nel Napoletano e nella Sicilia l'acquisto dell'eredità non avveniva secondo il concetto germanico. Nel Napoletano, invero, l'erede soleva chiedere al magistrato, il decreto di *preambolo*, che lo facoltava ad esercitare i diritti ereditarii, e nel contempo ad acquistare giuridicamente l'eredità (18). Ma pare che, nè il decreto di *preambolo* fosse assolutamente necessario, nè che fosse l'unico mezzo per acquistare l'eredità. Certo però si è che l'acquisto dell'eredità non si aveva di diritto per la semplice apertura della successione, ma erano necessari atti o fatti che valessero a provare l'adizione. E per la Sicilia ancora il possesso delle cose ereditarie non passava *ipso iure* agli eredi, poichè troviamo che nel 1508 si domandò che si riconoscesse la continuazione del possesso del defunto negli eredi « acciocchè li dicti heredi possano usare ogni remedio possessorio et spogliatorio » (19). Adunque nella Sicilia predominò il principio romano dell'acquisto dell'eredità, mercè l'adizione, senza di che non si spiegherebbe la domanda fatta nel 1508.

**170.** Ma se per la maggior parte delle legislazioni italiane intermedie si accettò la massima che il morto impossessa il vivo, la cui origine si è già innanzi studiata, esse accolsero anche il principio che l'erede, chiamato o nominato, potesse rifiutare l'eredità devolutagli. Accanto alla massima: *le mort saisit le vif* fu posta l'altra: *il n'est héritier qui ne veut*. Ed anche in questo punto, come vedrassi meglio da ciò che sarà detto in questo numero, si scorge l'innesto tra i principii del diritto romano e quelli del diritto germanico.

L'erede chiamato, o nominato, adunque, poteva accettare o ripudiare l'eredità. L'accettazione poteva essere espressa o tacita: la prima facevasi innanzi al magistrato competente ed a Firenze innanzi al Gonfaloniere ed ai Priori (20), la seconda consisteva nel fare atti di eredi. Ma per conciliare il principio che il pos-

(1) *Stat. Romae*, I, 147.

(2) *Stat. Centi*, III, 5; *Stat. Belluni*, II, 140; *Ius municip. Vicent.*, p. 185; *Stat. Monfestino*, II, 81; *Stat. Vall. Trompia*, 148; *Stat. Vall. Camon.*, 352; *Stat. Rovereto*, I, 55; *Stat. Sassuolo*, II, 91; *Stat. Placentiae*, III, 63; *Stat. Regii*, II, 76; *Stat. Ripariae*, 173; *Stat. Mutin.*, III, 42; *Stat. Trident.*, I, 124; *Costit. Piemont.*, V, 5.

(3) *Stat. Ferrar.*, II, 82.

(4) *Stat. Cesenae*, p. 55; *Stat. Valtellina*, I, 154; *Const. Modan.*, II, 34, 19, 20.

(5) *Stat. Rom.*, I, 147; *Stat. Centi*, III, 5; *Stat. Vall. Camon.*, 353.

(6) *Stat. Bobbio*, II, 96.

(7) *Stat. Cadubrii*, II, 144.

(8) *Stat. Lucens.*, II, 12, 13.

(9) *Stat. Cremae*, fol. 62.

(10) *Stat. Centi*, III, 5.

(11) *Stat. Cremae*, fol. 62.

(12) *Stat. Belluni*, II, 140; *Stat. Feltriae*, III, 65; *Stat. Tarvisii*, II, 5, 4.

(13) *Stat. Cadubrii*, II, 113, 114.

(14) *Stat. Monfestino*, II, 81.

(15) Cf. *Stat. Tartii*, p. 29.

(16) *Const. patriae, Foroiulii*, 147.

(17) *Stat. Venet.*, *Pratica del palazzo veneto*, c. 11.

(18) Cf. Salvioli, op. cit., p. 471, nota 2.

(19) Cf. Pertile, op. cit., § 120, nota 13.

(20) *Stat. Florent.*, II, 29.

sesso si acquistasse *ipso iure* dall'erede col diritto riconosciuto in costui di poter ripudiare la eredità, le leggi determinarono con precisione quali atti si dovessero considerare atti di eredi e quali no. E poichè il passaggio del possesso dal defunto nell'erede avveniva di diritto, ne seguiva che il fatto solo di tale passaggio, l'essere cioè il chiamato entrato nel possesso delle cose ereditarie non facesse presumere in lui la qualità di erede (1). Però se il possesso durava un dato periodo di tempo, che variava secondo l'età del chiamato, senza che questi avesse espressamente ripudiata l'eredità, allora il possesso stesso veniva considerato come un atto di erede e l'eredità si aveva per accettata (2). Altri atti che si consideravano come di erede erano il non presentarsi innanzi al magistrato per chiedere il termine a deliberare, o per rinunziare, quando fosse stato citato dai creditori del defunto (3); il disporre di cose appartenenti all'eredità (4) e simili. In tutti questi casi, ancorchè il chiamato avesse ripudiata l'eredità, o l'avesse accettata con benefizio d'inventario, egli consideravasi come erede puro e semplice (5).

**171.** Perchè poi il chiamato o nominato potesse con ponderazione decidersi a ripudiare od accettare l'eredità delatagli, le nostre leggi gli concedevano un termine per deliberare, il quale variava secondo gli statuti, e secondo che il chiamato era presente od assente. A Venezia, ad esempio, era di due mesi per i presenti, di un anno per gli assenti (6); a Firenze di due mesi in città, di quattro nel contado (7); in Val Trompia di due mesi (8); in Val Camonica di un mese per la generalità, di due per gli assenti, per le donne, per i minori e per i mentecatti (9).

Altre leggi contemplano il caso che l'erede, chiamato innanzi al magistrato dai creditori ereditari, chiegga un termine per deliberare, ed alcune rimettono questo all'arbitrio del magistrato (10); altre, pur rimettendone la misura al magistrato, determinano un minimo, ad esempio, di quindici giorni, ed un massimo, ad esempio, di un mese (11); altre dànno quindici giorni solamente (12), altre soli dieci (13). Decorso questo termine, senza che l'erede avesse dichiarato di voler ripudiare l'eredità, egli consideravasi come erede puro e semplice.

Per quegli statuti che non ammettevano l'accettazione con beneficio d'inventario, ai minori stessi non restava che il beneficio del termine per deliberare (14); secondo gli altri, per i minori ordinariamente si faceva l'accettazione col beneficio d'inventario, quantunque il minore potesse, coll'assistenza del tutore, ripudiare l'eredità delatagli (15). Ma al minore si accordava maggior tempo, e, nel caso di accettazione, questa consideravasi sempre fatta col beneficfo d'inventario, anche quando fosse stata pura e semplice (16).

Infine il beneficio del termine a deliberare si trasmetteva agli eredi quando il chiamato fosse morto prima che il termine suddetto fosse decorso. Lo statuto di Varese, dopo aver detto che le eredità delate ai discendenti ed agli ascendenti si trasmettono agli eredi, ancorchè non adite, soggiunge: « et similiter in aliis hereditatibus delatis alicui, qui eam non adivisset in vita sua, intelligatur transmissum ius deliberandi ad heredem suum, ita quod possit adire hereditatem etiam non aditam per defunctum inter annum a die scientiae qua sciverit hereditatem illo defuncto fuisse delatam post mortem dicti defuncti » (17). È, come vedesi, il concetto della *transmissio Justinianea*, tradotto nello statuto di Varese, senza che però fosse conservato integro.

**172.** Decorso il termine per deliberare, colui che voleva ripudiare l'eredità doveva dichiararlo solennemente (18); ma la rinunzia non aveva alcun effetto, se il rinunziante seguitava a possedere cose ereditarie (19); che anzi in questo caso egli veniva punito come colui che aveva tentato frodare i creditori dell'eredità e gli eredi successivi (20).

Però l'influenza del diritto germanico fece sì che, in alcuni luoghi, il ripudio all'eredità dei genitori specialmente fosse considerata come un'offesa alla memoria del defunto, e perciò malviso e quasi punito. E dove il ripudiante pagava una specie di multa (21); dove era incapace a ricoprire certi ufficii (22); dove chi ripudiava l'eredità di uno dei genitori non poteva accettare quella dell'altro (23).

Ma, oltre la rinunzia ad un'eredità già aperta, le legislazioni intermedie nostre ammettevano anche le rinunzie ad eredità future ed, in generale, i patti sulle future eredità. E questi patti e queste rinunzie acquistarono maggior estensione, quando il diritto ecclesiastico ne riconobbe la validità, allorchè fossero confermate da giuramento spontaneo da parte di colui o di colei che rinunziava (24). Queste rinunzie avevano specialmente luogo da parte delle donne, quando passavano a marito ed erano dotate (25), ovvero quando entravano in religione (26): da parte dei maschi, quando si davano a vita religiosa (27). Ma con ciò non si escludeva che uno, anche senza darsi a vita religiosa, potesse rinunziare ad una futura eredità (28). E queste rinunzie avevano sicuro effetto, anche quando furono introdotti ed estesi i fedecommessi (29).

Quanto poi alle rinunzie fatte dalle figlie, si distinguevano quelle fatte da figlie che entravano in mona-

(1) *Stat. Belluni*, II, 140; *Stat. Castrinovi Scrippiae*, III, 147; *Stat. Pap.*, II, 136; *Stat. Ceneda*, II, 35.
(2) *Stat. Florent.*, II, 29.
(3) *Stat. Ferrariae*, II, 7.
(4) *Stat. Castrinovi Scrippiae*, III, 147.
(5) *Stat. Castri Arquati*, II, 55; *Stat. Ferrar.*, II, 7.
(6) *Stat. Venet.*, *Legge 26 febbraio 1503* e *Legge 17 agosto 1513*.
(7) *Stat. Florent.*, II, 29.
(8) *Stat. Vall. Trompia*, 149.
(9) *Stat. Vall. Camonic.*, 357.
(10) *Stat. Monfestino*, II, 106; *Stat. Cremonae*, 365.
(11) *Stat. Vall. Trompia*, 150.
(12) *Stat. Ferrar.*, II, 7.
(13) *Stat. Albenga*, p. 231.
(14) *Stat. Mediol.*, I, 75, 272.
(15) *Stat. Monfest.*, II, 108; *Stat. Vall. Camonic.*, 357.
(16) *Stat. Albenga*, p. 231.
(17) *Stat. Varisii*, 44.
(18) *Stat. Boves*, 31; *Stat. Cuneo*, 173; *Stat. Florent.*, II, 29; *Stat. Venet.*, Leggi cit.
(19) *Stat. Castri Arquati*, III, 55; *Stat. Vall. Surianae Superior.*, III, 162.
(20) *Stat. Venet.*, Leggi cit.
(21) *Stat. Florent.*, II, 29.
(22) *Stat. Mercat. Florent.* (1585), I, 2.
(23) *Stat. Cannobb.*, 44.
(24) Cap. 2, VI, I, 18.
(25) *Costit. Piemont.*, V, 15; *Stat. Feltriae*, III, 67; *Stat. Trident.*, I, 109.
(26) *Costit. Piemont.*, V, 15; *Costit. Modan.*, II, 16, 6.
(27) De Luca, *Dottor volgare*, libr. 11.
(28) *Costit. Modan.*, II, 16.
(29) Reyscher, *Ueber das Erbrecht der ädilichen Tochter u. deren Verrichte* nella *Zeitschr. f. deutsch. Recht.*, VI, p. 327.

stero, dalle altre fatte da figlie che passavano a marito. Le prime, per le stesse ragioni per cui i religiosi per molte leggi venivano esclusi dalla successione, ritenevansi assolute, e dicevansi perciò reali od estintive (1), e la figlia monaca che aveva rinunziato non poteva in nessun caso succedere (2). Le seconde, invece, ritenevansi fatte sotto la condizione che esistessero figli e discendenti maschi di colui, alla cui eredità si rinunziava, in modo che, mancando figli e discendenti maschi dal lato maschile, la rinunzia perdeva la sua efficacia giuridica e la figlia rinunziante concorreva con le altre sorelle e i figli di sorelle (3).

Si faceva poi un'altra quistione, e cioè se queste rinunzie delle figlie che passavano a marito obbligassero anche i figli di lei, nel caso che la rinunziante fosse premorta a colui, alla eredità del quale erasi rinunziato. E la maggior parte degli scrittori ritenne che la rinunzia della madre premorta non obbligasse i figli, i quali quindi conservavano i diritti successorii che avevano sull'eredità medesima. Questa opinione fu accolta dalle leggi (4) e dalla giurisprudenza (5). Però, mentre alcune altre legislazioni accolsero il principio contrario quando concorrevano eredi della linea maschile e maschi (6), ancorchè non discendenti dal defunto, ma dalla linea collaterale (7), altrove si ricorse a delle cautele per escludere dalla successione anche i figli della rinunziante premorta all'autore.

È celebre, tra le altre, la *cautela di Maranta*, la quale, com'io ebbi già a dire in altro mio lavoro, « ebbe origine dalle quistioni che sorgevano per la rinunzia che le donne potevano fare ad ogni futura eredità intestata. Quistionavasi, tra l'altro, se i figli della rinunciante, dopo la morte di lei, potessero per diritto proprio acquistare l'eredità rinunziata, e poichè varii erano i pareri dei giuristi, Roberto Maranta, giureconsulto napoletano del XVI secolo, dettò una formola, per la quale la rinunzia colpiva anche i figli della rinunziante. Questa formola che poscia si disse *Cautela di Maranta*, divenne tanto comune, che, invece di riportarsi per disteso nei contratti matrimoniali, solevasi accennare col dirsi che i contraenti si sottoponevano alla suddetta cautela. Ed ora ecco le parole della formola: « Ut mater renunciet bonis paternis, maternis et fraternis, et promittat per speciale pactum nunquam ad dicta bona aspi rare per se nec per heredes, et ex nunc cedit ac donat omnem portionem, quae sibi et heredibus competere posset quomodocumque et qualitercumque; et omne ius super bonis praedictis, obligando seipsam et personas ac bona heredum suorum ad numquam aliquid petendum nec contraveniendum dictae renunciationi, etiam si ipsa mater moriatur ante mortem eius de cuius hereditate agitur, remaneant sui filii obligati ad habendum ratam dictam renunciationem matris eo ipso quod matris heredes esse voluerint, etiamsi ex persona propria venient » (8).

Come vedesi, queste cautele miravano ad escludere le rinunzianti ed i loro eredi anche dalle eredità di fratelli, poichè ritenevasi generalmente che la rinunzia all'eredità dei genitori non implicasse anche rinunzia all'eredità dei fratelli, donde la necessità di espresse dichiarazioni che cautelassero i fratelli e gli agnati (9).

Ma non manca qualche legge che dichiara assolutamente nulle le rinunzie delle donne alle eredità future, anche quando le rinunzie fossero state fermate dal giuramento. Leggo invero nello statuto di Portonaone: « Nec huic statuto in illis partibus quae favore mulierum continet aliquo modo renuntiari possit etiam cum iuramento directe vel indirecte, quod contra bonos mores, si intervenerit, praesumatur » (10).

**178.** Si disse, a proposito del diritto germanico, che riconoscendosi negli eredi un diritto di aspettativa, in forza del quale essi, alla morte dell'autore, si trovano di diritto nel possesso dell'eredità, senza bisogno di adizione, non fosse possibile, per quel diritto, il concetto dell'eredità giacente. Nè le legislazioni posteriori, se si escludano quelle che non davano il possesso di diritto all'erede e richiedevano l'adizione, potettero accogliere il concetto dell'eredità giacente così come era nel romano diritto. Invero se l'erede si trovava, alla morte dell'autore, di diritto nel possesso giuridico delle cose ereditarie, l'eredità non restava in alcun modo giacente, ed al massimo si ricorreva all'apposizione dei sigilli fino a tanto che l'erede non avesse deliberato ed avesse materialmente preso possesso delle cose ereditarie (11).

Però, anche nel sistema del passaggio *ipso iure* del possesso delle cose dell'eredità dal defunto all'erede, potevansi verificare dei casi in cui l'eredità poteva restare giacente, e le nostre legislazioni contemplano questi casi, e dettano norme opportune. Essi ordinariamente si verificavano quando l'erede chiamato rifiutava l'eredità; quando era assente e per un anno non dava notizia di sè; quando non si conoscevano gli eredi (12). In questi casi il magistrato nominava un curatore (13), dopo però, nel caso che gli eredi non fossero conosciuti, aver fatto due o tre proclami ad un dato intervallo, con i quali si avvisavano i possibili eredi a presentarsi in un dato termine e giustificare la loro qualità (14). Al curatore veniva affidato il pagamento dei legati (15), ed egli poteva stare in giudizio sia da attore, sia da convenuto, e fare quanto altro era opportuno e necessario nell'interesse della eredità giacente (16). Egli inoltre era obbligato a fare inventario dei beni ereditarii, usare cura diligente nell'amministrazione ed infine rendere conto all'erede, il quale, da sua parte, era tenuto a rispettare tutti gli atti legalmente compiuti dal curatore dell'eredità (17).

Come vedesi, il concetto dell'eredità giacente è, sotto alcuni aspetti, diverso da quello del diritto romano. Il concetto della continuazione della personalità giuridica dell'autore per parte dell'erede, se era penetrato nelle legislazioni intermedie, non vi era penetrato nella sua purezza originaria romana: l'erede, se continuava la personalità giuridica del defunto, veniva pure all'eredità per un diritto proprio, e preesistente in potenza. L'ere-

(1) De Luca, op. cit., libr. 11, c. 2.
(2) *Costit. Modan.*, II, 16, 6.
(3) *Stat. Placent.*, III, 36; De Luca, op. e loc. cit., c. 2.
(4) *Costit. Modan.*, II, 16, 8.
(5) Cf. Pertile, op. cit., § 128, nota 56.
(6) *Stat. Placent.*, III, 36.
(7) *Stat. Trident.*, I, 109.
(8) Alianelli, *Le consuetudini della città di Napoli*, III, 5; Ciccaglione, *I patti nuziali nelle Provincie Napolitane*, pag. 48-49.
(9) Cf. Reyscher, op. e loc. cit., p. 317.
(10) *Stat. Portusnaonis*, De success. ab intestato.
(11) *Cout. d'Aoste*, v, 12, 4.
(12) *Stat. Genuae*, v, 16; *Stat. Ferr.*, II, 10; *Stat. Florent.*, II, 29; *Stat. Monfestino*, II, 108.
(13) *Stat. Florent.*, II, 29; *Stat. Varisii*, 42.
(14) *Stat. Ferrar.*, II, 10; *Stat. Monfestino*, II, 108.
(15) *Stat. Varisii*, 42.
(16) *Stat. Ferrariae* e *Monfestino*, cit.
(17) *Stat. Monfestino*, cit.

dità giacente, quindi, non era veramente la continuatrice della personalità giuridica del defunto pel tempo che correva dalla delazione all'adizione, e quindi essa, in realtà, non aveva carattere di persona giuridica. Il patrimonio del defunto era *ipso iure* passato all'erede, e però aveva un rappresentante nella persona dell'erede medesimo. L'erede era assente e non per questo non avveniva il passaggio del possesso: l'erede rifiutava, ed allora il possesso dei beni ereditarii passava di diritto agli altri eredi, ancorchè sconosciuti. E il curatore dell'eredità, come era un rappresentante dell'erede assente, un amministratore dell'eredità in nome dell'erede che già l'aveva acquistata di diritto, così era rappresentante dell'erede, pel momento sconosciuto. Era quindi avvenuta una fusione dei principii romani e dei germanici. L'erede acquistava di diritto l'eredità, e la voce *adizione*, nelle leggi che proclamano il principio del passaggio *ipso iure* del possesso all'erede, non ha il significato romano; essa significa invece manifestazione della volontà di voler conservare l'eredità già acquistata. Similmente il ripudio dell'eredità, mentre in diritto romano significa rinunzia all'eredità delata, ma non ancora acquistata, in quelle leggi significa, oserei dire, abbandono dell'eredità, già acquistata di diritto. Nel diritto romano, in caso di ripudio, l'eredità delata si acquistava dall'erede che veniva immediatamente dopo; in quelle leggi, in caso di ripudio, l'erede successivo subentrava nel posto del rinunziante in forza di un diritto proprio.

**174.** Delle norme speciali poi dettavano i nostri statuti pel caso che un cittadino fosse morto in terra straniera, e disposizioni al riguardo si leggono nelle legislazioni delle due nostre principali repubbliche marittime, Genova e Venezia. Però queste disposizioni, in realtà, non riguardavano l'acquisto dell'eredità, ma la conservazione dei beni che il cittadino aveva seco in terra straniera al momento della sua morte, poichè se v'era un erede, questi acquistava tutta l'eredità, e non solo quella parte che si trovava nel territorio cittadino.

Era adunque dato incarico ai rappresentanti dello Stato, nel luogo dove il decesso era avvenuto, e più specialmente ai consoli, di curare da sè, od affidare a due concittadini, ed in mancanza a due uomini onesti del luogo il ricupero e la conservazione dei beni del defunto. E per tale uopo essi potevano vendere, ovvero barattare con altre quelle cose che erano soggette a deperimento, o che potevano dare maggiore profitto vendute sul luogo anzi che in patria, e depositare le altre in pubblico deposito, se ciò era creduto utile nell'interesse degli eredi e dei creditori. Le cose medesime poi, o il prezzo, o le cose avute in cambio delle medesime, dovevansi spedire, per mezzo di persona onesta, nella madre patria, dove il magistrato faceva, per mezzo di stride, avvisare gli eredi ed i creditori, quest'ultimi perchè potessero giustificare i loro crediti e pagarsi sulle cose o sul prezzo di esse (1).

Naturalmente queste disposizioni potevano sortire il loro effetto principalmente nelle colonie, ed in quei paesi dove non era in vigore il diritto di albinaggio, o con i quali esisteva trattato che assicurasse lo scambievole ricupero dei beni dei cittadini di uno Stato defunti sul territorio dell'altro.

(1) *Stat. Venet.*, v, 1 a 6; *Stat. Genuae*, v, 21.

(2) *Stat. Cittanova*, III, 11.

(3) *Stat. Venet.*, I, 6, 40, e *Stat. Iud. Petit.* Cf. anche *Cons. Calatagir.*, 26.

**175.** Quanto al diritto di accrescimento, gli statuti e le altre leggi sono mute, rimettendosi quindi al diritto romano, addivenuto il diritto comune. Bisogna però fare due osservazioni al riguardo. La prima che, non richiedendosi generalmente l'adizione nel senso romano per l'acquisto dell'eredità, il diritto di accrescere si poteva verificare solo nei casi di premorienza al testatore, di incapacità, ovvero di rinunzia di uno dei coeredi o collegatarii. La seconda che non avendo più vigore la massima romana: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, il diritto di accrescimento dovette necessariamente perdere il carattere che aveva nel romano diritto, ed acquistare quello col quale ci si presenta nelle legislazioni odierne. E quanto alla successione legittima, non avendosi più il concetto romano della continuazione da parte dell'erede della personalità giuridica del defunto, anche per essa il diritto di accrescimento non conservava il carattere romano.

**176.** Innanzi si è visto come e per quali considerazioni l'erede nel diritto germanico, di fronte ai creditori del defunto, si trovasse nella medesima condizione di quest'ultimo, e fosse quindi tenuto al pagamento dei debiti ereditarii in quella misura e con quelle norme già esposte nel capitolo secondo.

Nella legislazione statutaria e nelle posteriori si fusero, generalmente parlando, i principii del diritto germanico e quelli del diritto romano. Da una parte l'influenza del diritto romano fece sì che, considerandosi l'erede come colui che continuava la personalità e quindi i rapporti giuridici del defunto, il primo fosse tenuto a pagare i debiti del secondo, non solo con i beni ereditari, ma anche con i bèni proprii, salvo che non fosse ricorso a quei rimedii che lo stesso diritto romano offriva (2). Dall'altra, per influenza del diritto germanico, partendosi dal concetto della famiglia e del carattere della proprietà famigliare, mentre i figli separati dal padre non erano tenuti al pagamento dei debiti da costui contratti, quasi che essi, come *forisfamiliati*, non si erano giovati delle obbligazioni contratte dal genitore (3); i beni, acquistati dai figli durante la vita del padre, dell'avo, o del proavo, dovevano in qualunque caso rispondere delle obbligazioni del padre, dell'avo, o proavo, quasichè da questi fossero stati acquistati (4). Da quest'ultimo principio seguiva che per alcune leggi fosse assolutamente vietato accettare un'eredità col beneficio d'inventario (5); e che non solo i beni del defunto passavano all'erede con tutti i pesi, non solo quest'ultimo consideravasi come il continuatore della personalità giuridica del primo, ma gli stessi suoi beni si consideravano come obbligati per i debiti dal defunto contratti nell'interesse della famiglia. L'accettare una eredità con beneficio d'inventario era considerato non solo offensivo alla memoria del defunto, ma come un volersi sottrarre a quegli obblighi che, al pari del patrimonio su cui gravavano, erano considerati familiari.

Questo concetto, che cioè i debiti dovessero considerarsi come contratti per i bisogni e nell'interesse della famiglia, trova un riscontro ed un'applicazione in quelle consuetudini sicule, che ammettevano il sistema di comunione tra i genitori ed i figli. Invero quelle consuetudini facendo l'ipotesi che uno avesse contratto

(4) *Stat. Vercelli* (1241), 165.

(5) *Stat. Bergomi*, VI, 12; *Stat. Vall. Surianae Superioris*, III, 172; *Stat. Papiae*, II, 134; *Stat. Valtellina*, I, 183; *Stat. Intra*, II, 24; *Stat. Vercelli*, 167; *Coutume d'Aoste*, v, 12, 20; *Stat. Mediolani*, I, 75, 272.

più matrimonii, e, nel morire, avesse lasciato dei debiti, disponevano che i debiti contratti durante il primo matrimonio fossero a carico del terzo dei beni, toccato al coniuge superstite e dei beni spettanti ai figli; quelli contratti durante il secondo matrimonio andassero a carico dei beni caduti in comunione durante questo; quelli, contratti nel periodo tra lo scioglimento del primo e la conclusione del secondo matrimonio, a carico comune del padre e dei figli, e cioè dei beni comuni (1). Queste disposizioni però avevano vigore quando i debiti erano stati contratti ragionevolmente, cioè nell'interesse della famiglia, in caso contrario restavano obbligati solo i beni toccati sulla comunione al genitore che li aveva contratti. Ciò risulta esplicitamente da alcune di quelle consuetudini, le quali disponevano che i debiti, fatti dai coniugi durante il primo matrimonio, dovessero soddisfarsi su tutti i beni della comunione tra essi coniugi ed i figli, e lo stesso per quelli contratti dai coniugi nel secondo matrimonio. Che se i debiti erano contratti dal solo marito, ma nell'interesse della famiglia, dovevano pagarsi sui beni mobili della comunione: mentre se contratti nel suo esclusivo interesse, a soddisfarli era assegnata la sola quota di lui. I debiti, infine, contratti dopo lo scioglimento del primo matrimonio, o prima del secondo, solo se incontrati per alimentare i figli, o per ricuperare o migliorare la sostanza comune, dovevano pagarsi sui beni comuni tra il coniuge superstite ed i figli; che se contratti nell'esclusivo interesse del coniuge superstite, la sola sua quota restava obbligata (2). Più esplicitamente le consuetudini di Palermo così si esprimono: « A filiis etiam sub potestate patria consistentibus tertia pars eis debita de bonis paternis et maternis ob delictum sive maleficium, vel obligationem parentum suorum nullatenus auferatur, cum culpa tantum suum authorem prosequi debeat, nec aliquis ex alterius peccato puniatur, vel qui innocens est puniri non debeat pro nocente » (3).

Queste disposizioni delle consuetudini sicule vogliono essere poste in confronto col sistema di comunione che vigeva tra i coniugi ed i figli, ed ecco come si spiegano le disposizioni delle consuetudini palermitane, le quali, per altro, non fanno l'ipotesi che il genitore colpevole od obbligato sia premorto. Nelle altre leggi, per ciò che riguarda le pene pecuniarie, si osserva difformità, e ciò per le diverse influenze che operarono su quelle legislazioni. Qualcuna invero mette come principio che, morto il colpevole, la pena pecuniaria non possa pretendersi dagli eredi (4); qualche altro invece proclama il principio contrario (5).

E volgendo ora, per poco, lo sguardo fuori d'Italia, si trova generalmente sancito il principio che l'erede sia tenuto a pagare i debiti del defunto (6). Però, in alcuni luoghi, erano obbligati per i debiti i soli beni mobili, non mai gl'immobili (7), il che si spiega per la grande importanza e pel carattere che aveva acquistata la proprietà fondiaria, sul qual punto io non mi fermerò, essendo esso ampiamente stato svolto da tutti gli scrittori. Noterò solamente che, per diritto sassone, l'erede non era tenuto per i debiti personali del defunto, ma solo per quelli che erano tornati utili ai beni ereditari (8). Quanto poi alle pene pecuniarie dovute dal defunto, alcune leggi le dichiarano estinte colla morte del condannato (9), altre obbligano gli eredi a pagarle (10).

**177.** I debiti, come è facile rilevare da quanto nel numero precedente si è detto, dovevano essere pagati sui beni ereditari, anche su quelli che formavano oggetto di un legato, salvo ai legatari il regresso contro gli eredi (11); e quando i beni ereditari non fossero stati sufficienti, l'erede puro e semplice era tenuto di pagare con i proprii (12). Che se gli eredi erano dei minorenni, i debiti si pagavano sui beni mobili, e, se insufficienti, sui beni immobili di minore importanza da vendersi all'asta pubblica (13).

Ammesso generalmente il principio che gli eredi fossero tenuti a pagare i debiti del loro autore anche *ultra vires* dell'eredità, si escogitò il mezzo come gli eredi potessero difendere il loro patrimonio contro i creditori del defunto, e generalmente si accettò il rimedio del diritto romano: il beneficio d'inventario (14). Alcune delle nostre leggi però, come già si è visto, respinsero questo istituto, e per esse all'erede non restava che rifiutare l'eredità, od accettarla e sottoporsi a tutte le conseguenze dell'accettazione pura e semplice. Per qualcuna di queste leggi, però, il beneficio d'inventario era ammesso in favore dei minorenni (15),

Generalmente poi il beneficio d'inventario si concedeva di diritto a certe persone, come ai minori (16). E d'altra parte il debitore, cui era delata un'eredità, non poteva rifiutarla in danno dei creditori, sicchè l'eredità si aveva per accettata col beneficio d'inventario (17).

Colui che voleva accettare un'eredità con beneficio d'inventario doveva farne solennemente dichiarazione innanzi al magistrato in un dato termine, vario secondo gli statuti (18), e secondo la qualità degli eredi (19). Fatta la dichiarazione, un notaio, che, secondo alcune leggi veniva nominato dal magistrato (20), coll'intervento di testimoni (21), procedeva all'inventario di tutti i beni ereditari in un periodo che anch'esso variava nelle diverse legislazioni (22). Inoltre, per molte leggi, l'erede

(1) *Cons. Messanae*, 8; *Cons. Noti*, 3; *Cons. Pactar.*, 19, 20, 21; *Cons. Liparae*, 14, 1, 2, 3.
(2) *Cons. Cataniae*, 25; *Cons. Corleone*, 7.
(3) *Cons. Panormi*, 79.
(4) *Stat. Florent.*, I, 44; *Stat. Veron. Partes et decreta Seren. domin. Veneti ad magnif. civit. Veron.*, vol. II, p. 103, *Lettera dell'avogadore Matteo Vettori al luogotenente del Friuli*, in data 11 febbraio 1449.
(5) *Const. Sicul.*, I, 25.
(6) *Assises des Burgeois*, 193; Giraud, op. cit., 45, 46; *Schwabenspiegel*, 8, 10, 19, 54, 151, 237; *Kle. Keisserrecht.*, II, 49, 89.
(7) *Sachsensp.*, I, 6, 2; *Richts. Landrecht*, 10, 45.
(8) *Sachsensp.*, I, 9, 6; III, 12, 1, 2; 77, 1. Cf. I, 6, 2.
(9) *Schwabensp.*, 50, 178.
(10) *Sachsensp.*, I, 6. 2; I, 18, 1.
(11) *Stat. Vall. Trompia*, 177.
(12) *Stat. Cittanova*, III, 11.
(13) *Stat. Belluni*, II, 160.
(14) *Stat. Veron.*, II, 135; *Stat. Ferrar.*, II, 133; IX, 35; *Stat. Cittanova*, III, 11; *Stat. Riperiae*, 176; *Stat. Albenga*, p. 231; *Stat. Cadubrii*, II, 111.
(15) *Stat. Intra*, II, 24.
(16) *Stat. Albenga*, p. 231.
(17) *Stat. Genuae*, V, 19.
(18) Per gli statuti di Val Trompia (143), di Val Camonica (358) e di Cadubrio (II, 111) fra un mese dalla morte dell'autore. Per le costituzioni del 1429 del Friuli (146) fra 20 giorni.
(19) Per le costituzioni friulane le donne avevano di tempo trenta giorni.
(20) *Costit. Forojul.*, 146.
(21) *Stat. Placent.*, III, 64; *Stat. Vall. Trompia*, 143; *Stat. Vall. Camon.*, 359.
(22) Cf. *Const. leg. Pis.*, 32; *Stat. Venet.*, *Legge 17 aprile 1656*; *Stat. Cadubrii*, cit.; *Stat. Tarvisii*, II, 5, 3.

era tenuto citare, anche per mezzo di stride, i creditori ereditarii ed i legatarii, perchè convenissero nel giorno e nel luogo determinati, per assistere alla pubblicazione dell'inventario, ed alla distribuzione dell'eredità tra loro (1). Per alcune leggi poi la citazione era richiesta necessariamente, e l'erede che non la faceva perdeva il beneficio (2); per altre, invece, non era necessaria, purchè l'inventario fosse fatto coll'intervento di notaio e testimoni (3). Ma i creditori non perdevano le loro ragioni ed i loro diritti, non presentandosi alla chiamata, e potevano farli valere dopo (4).

L'erede, che aveva accettato con beneficio d'inventario, perdeva il beneficio ed era tenuto *ultra vires*, se non faceva l'inventario nel tempo determinato, e se, nel fare l'inventario, usava frode od inganno (5).

Infine, per qualche legge, all'erede, quando tutta l'eredità fosse stata assorbita dai debiti, era assegnata una somma, quasi in compenso delle cure da lui spese nel fare l'inventario e liquidare l'eredità (6).

Fuori d'Italia, ancora, fu ammesso questo beneficio come in Germania (7) ed in Francia. Però, nei paesi di diritto consuetudinario francesi, il beneficio d'inventario consideravasi come contrario allo spirito del diritto consuetudinario, e però esso doveva essere chiesto volta per volta al sovrano, e veniva concesso con lettere di cancelleria. Ed è notevole questo che, mentre i paesi di diritto consuetudinario si sforzavano di ottenere che il beneficio d'inventario venisse riconosciuto come regola, e che le eredità si potessero accettare col benefizio suddetto, senza bisogno di lettere di cancellerie, un'ordinanza del 1629 impose quella restrizione anche ai paesi di diritto scritto (8).

**178.** Come si accolse il beneficio dell'inventario per tutelare il patrimonio particolare dell'erede contro i creditori del defunto: per impedire, cioè, che avvenisse la confusione dei due patrimoni, così fu, sotto l'influenza del diritto romano, ammesso il benefizio della separazione, col quale si raggiungeva lo stesso scopo di mantenere separati i due patrimonii, ma in beneficio dei creditori e dei legatarii del defunto: e cioè per impedire che sul patrimonio ereditario potessero concorrere in pregiudizio di costoro anche i creditori dell'erede (9).

Veramente le nostre legislazioni sono, per la maggior parte, mute al riguardo; ma questo silenzio non deve interpretarsi nel senso che questo beneficio non fosse concesso, sibbene spiegasi pel carattere di diritto comune, acquistato dal diritto romano, il quale serviva a riempire tutti i vuoti degli statuti e delle altre leggi.

Del resto anche nelle leggi, che non trattano specificatamente di questo beneficio, se ne trovano delle tracce; e, ad esempio, quando si diceva che il debitore non potesse rifiutare una eredità in danno dei suoi creditori, e che questa si avesse accettata col beneficio d'inventario (10), tal beneficio non mirava a giovare all'erede principalmente, ma a mantenere separati i patrimoni, ed a tutelare, più che i diritti dei creditori dell'erede, quelli dei creditori del defunto.

Inoltre che questo beneficio fosse ammesso in Italia ed anche altrove provano a sufficienza i giureconsulti, i trattatisti ed i tribunali dell'epoca (11). Nè io mi fermerò a lungo su questo argomento, sia perchè l'istituto è riprodotto, può dirsi, com'era in diritto romano, sia perchè esso, quantunque strettamente legato al diritto successorio, forma un istituto a sè, e meriterebbe, tanto nella parte storica, quanto nella parte di diritto odierno, una trattazione a parte.

**179.** I rapporti fra gli eredi venivano regolati da norme tratte parte dal diritto romano, parte dal diritto germanico, sicchè anche in questo punto del diritto successorio si osserva quella fusione di diritti che era il portato delle consuetudini lentamente formatesi sia in Italia, che fuori. Quando più erano gli eredi, essi potevano restare in comunione, ovvero procedere alla divisione dell'eredità.

La divisione poteva esser fatta o dall'autore, o bonariamente tra gli eredi, ovvero giudiziariamente.

L'autore, quando erano eredi i suoi discendenti, poteva fare la divisione sia nel testamento *inter liberos*, sia anche per atto tra vivi (12). Quando inoltre il testatore, nel disporre delle sue sostanze a favore di più individui, assegnava a ciascuno la sua quota, la divisione era già fatta, nè potevasi attaccare il testamento, salvo il caso che vi fosse stata violazione di legittima, come già innanzi si è visto.

La divisione bonaria ed amichevole avveniva, quando tutti gli eredi erano presenti sia personalmente, sia per mezzo di procuratori, e tutti erano maggiori; che se uno era minore, allora egli poteva, coll'assistenza del commissario e del tutore, procedere a divisione amichevole quando a ciò fosse stato autorizzato dal testatore (13). Generalmente le quote formate di comune accordo si estraevano a sorte tra gli eredi (14), uso invalso fin dal periodo barbarico, come già si è avuto occasione di vedere; e l'erede non poteva lagnarsi di quella toccatagli, quando vi era stato accordo nella formazione delle quote.

Ma in altri luoghi seguivasi una consuetudine diversa da quella della sorte. La formazione delle quote spettava al fratello maggiore; la scelta invece ai fratelli minori, gradatamente, a cominciare dall'ultimo. Questa norma seguivasi non solo dalle consuetudini di Sicilia (15), ma anche altrove. Così leggesi negli statuti dei mercatori di Siena del 1644: « Dovendosi dividere cosa comune fra parenti, il più vecchio fa le parti e dà al minore le prese di dette parti » (16). Questo metodo di divisione però da alcune leggi si seguiva per tutti i beni dell'eredità, come a Catania, Siracusa, Noto. Leggesi nelle Consuetudini catanesi: « Parentibus, fratribus, filiis et nepotibus volentibus bona eorum patrimonialia di-

(1) *Stat. Venet.*, v, 5, 6; *Const. Foroj.*, 146; *Stat. Vall. Trompia*, 143.

(2) *Const. Foroj.*, 146.

(3) *Stat. Placent.*, III, 64.

(4) *Cost. della patria del Friuli* (1673), 123.

(5) *Stat. Vall. Trompia*, 143, 4; *Stat. Vall. Camon.*, 359; *Const. Foroj.*, 146.

(6) *Stat. Venet.*, v, 5.

(7) Cf. Schulte, § 184.

(8) Viollet, op. cit., p. 714; Warnkönig, *Frank. Rechts.*, II, 501.

(9) Cf. Mirabelli, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* nel *Diritto dei terzi*, Torino 1889.

(10) *Stat. Gen.*, v, 19.

(11) Sorge, *Jurispr. forens.*, VII, 37; De Franchis, *Decis.*, 246, n. 9; *Rota Romana* in Rom. Camb., 15 febbraio 1745.

(12) *Stat. Mediol.*, I, 307, 308.

(13) *Stat. Venet.*, v, 7.

(14) *Stat. Justinop.*, II, 30; *Const. leg. Pis.*, 19.

(15) *Cons. Panhormi*, 56; *Cons. Messanae*, 24; *Cons. Cataniae*, 24; *Cons. Syracusae*, 21; *Cons. Noti*, 24; *Cons. Calatag.*, 34; *Cons. Pactar.*, 58.

(16) *Stat. Mercat. Sien.*, 121.

videre majori natu vel habenti causam ab eo detur divisio; minoribus vero gradatim optio capienda » (1); ed in quella di Noto: « Fratribus nolentibus in communi vivere et volentibus paternam vel maternam haereditatem inter se dividere, majori natu datur divisio celebranda, minori optio eligenda concedatur, et sic gradatim usque ad majorem » (2). E più esplicitamente in quelle di Siracusa: « In divisione vero communis substantiae inter alterum parentum superstitem et filios, vel ipsis praemortuis ambobus parentibus, inter fratres, sicut erat antiquitus consuetum et hactenus observatum per ipsam universitatem provisum et statutum est de coetero procedi debere perpetuo, videlicet quod parens superstes, et ipsorum parentum defectu major frater vel soror bona ipsa dividat et aequales faciat portiones, et portione prima data minori quam ipse minor vel alius pro eo cum expedierit praeeligat et capiat partium qualem velit, et deinde ascensive gradatim procedatur in divisione praedicta, ultima portione majori fratri vel parenti superstiti remanente » (3).

Per altre leggi, invece, tale sistema si seguiva solo per i beni aviti, paterni o materni, ma non per gli altri beni, come a Palermo, a Messina ed a Patti. Infatti nelle consuetudini di Palermo si legge: « Vivere fratribus in communi nolentibus, et volentibus paternam et maternam haereditatem dividere inter eos, majori natu datur divisio celebranda, et minori optio conceditur eligendi, adventiciis et legatis communibus sorte inter cohaeredes et legatarios dividendis » (4). E le Consuetudini di Messina, dopo aver detto che nella divisione della eredità paterna o materna, le quote devono essere fatte dal maggiore, la scelta gradatamente dai minori, soggiungono: « Adventicia vero et legata inter cohaeredes legatarios sorte dividuntur » (5), espressione che si legge anche in quelle di Patti (6).

Per le Consuetudini di Caltagirone poi tale metodo di divisione si seguiva solamente per i beni stabili, poichè in esse si legge: « Item fratruum et sororum viventium et possidentium bona eorum stabilia in communi, cum ipsa dividere voluerint, major natu tenetur et debet bona ipsa dividere, et reliqui eorum gradatim incipiendo a minore partes eorum accipere » (7).

Altrove le parti si facevano dal fratello minore e la scelta spettava ai maggiori. Leggesi invero nelle Assise di Gerusalemme; « Le mains né partira les fiéfs et les ains nés choisiront » (8).

Ad Amalfi poi al fratello maggiore spettava formare le quote dei beni che erano nella città, al minore quelle dei beni che trovavansi fuori, e le quote poi si estraevano a sorte. Che se tutti i beni erano fuori la città, la formazione delle quote spettava sempre al maggiore. I fratelli, però, potevano diversamente, di comune accordo, stabilire. Ecco come si esprimevano le consuetudini di quella città: « Quando fratres dividunt bona communia inter se, frater major debet facere portiones de bonis quae sunt intus Civitatem, et frater minor debet facere portiones de bonis quae sunt extra civitatem; et, factis portionibus debent in portionibus ipsis ponere sortes et quilibet debet habere portionem quam sibi sors dederit. Poterit etiam fieri divisio huiusmodi bonorum sicut fuerit de communi concordia et voluntate ipsorum. Si vero dividentes non habent bona communia intus in Civitate fiant portiones per fratrem majorem nisi fuerit aliter concordia inter eos » (9).

Infine a Venezia anticamente costumavasi che nelle divisioni tra fratelli, il fratello maggiore non solo formasse le quote, ma le assegnasse ai minori, uso tolto dal Tiepolo. Negli statuti di quella città, invero si legge: « Decernimus quod cum hactenus sit Venetiis consuetum quod major frater possessiones parvis dividebat et minor sive minores fratres partes a majori fratre designatas accipiebant, de caetero volumus quod omnes fratres in dividendis paternis possessionibus sint aequales » (10).

Quanto poi alla forma di queste divisioni generalmente richiedevasi l'atto scritto o pubblico e non manca qualche legge che questo richiede esplicitamente (11). Ma non manca neanche qualche altra legge, la quale non solo non richiede un atto pubblico, ma neppure un atto scritto, dichiarando valide e ferme le divisioni di fratelli, anche senza che fossero state consacrate in uno strumento (12).

Se i coeredi non erano d'accordo, ovvero vi erano minori, o alcuni erano assenti, allora diveniva necessario l'intervento del magistrato (13). E la divisione giudiciale poteva essere eccitata da uno dei coeredi, ancorchè minore, purchè regolarmente assistito dal tutore (14), meno a Venezia, dove il minore non poteva chiedere la divisione durante la sua minorità, se a ciò non era stato autorizzato nel testamento (15). Ma non per tutte le leggi la divisione giudiziale era ammessa, come, ad esempio, per le consuetudini di Sicilia, le quali avevano adottato il metodo sopra riferito per evitare questioni e controversie. E d'altronde le consuetudini di Palermo dicono espressamente: « Quae divisio fiat in praedictis casibus sine strepitu judicii, et libello, constito summarie sacramento petentis de communitate bonorum ipsorum et fraternitate » (16).

Quando la divisione facevasi coll'intervento del magistrato, questi formava le quote e le sorteggiava tra i coeredi (17). Che se alcuni beni non potevano facilmente dividersi, il magistrato era facoltato assegnarli ad uno dei coeredi dando agli altri l'equivalente (18), o farli licitare ed attribuirli al maggiore offerente (19). La divisione infine, comunque eseguita, non poteva mai nuocere ai creditori, i quali conservavano intatti i loro diritti (20).

**180.** Quando l'eredità era delata ai discendenti, nella formazione delle quote questi dovevano porre in collazione ed imputare ciascuno alla sua quota quanto avevano ricevuto per atto di liberalità tra vivi dal loro autore. Questo principio è sancito da parecchie leggi (21),

(1) *Cons. Catan.*, 24.
(2) *Cons. Noti*, 24.
(3) *Cons. Syracus.*, 21.
(4) *Cons. Panhormi*, 56.
(5) *Cons. Messanae*, 24.
(6) *Cons. Pactar.*, 58.
(7) *Cons. Calatagir.*, 34.
(8) I. Ibelin, *Assis. de Ier.*, I, 148.
(9) *Cons. Amalph.*, 25.
(10) *Stat. Venet.*, III, 5.
(11) *Stat. Cittanova*, III, 21.
(12) *Stat. Vall. Sicoidae*, I, 64.
(13) *Stat. Venet.*, III, 7.
(14) *Stat. Rom.*, I, 101.
(15) *Stat. Venet.*, III, 7.
(16) *Cons. Panhormi*, 56.
(17) *Stat. Venet.*, III, 6, 7; *Stat. Rom.*, I, 101; *Stat. Bonon.*, 27; *Const. legis Pis.*, 19.
(18) *Stat. Rom.*, I, 101.
(19) *Const. leg. Pis.*, 19.
(20) *Stat. Mediol.*, I, 27.
(21) *Stat. Cittanova*, V, 14; *Const. legis Pis.*, 55; *Cons. Messan.*, 23.

e, come vedesi, esso era stato tratto dal romano diritto; che, anzi, non pochi dei nostri statuti, o non si occupano della collazione, o non fanno che accennarvi, rimettendosi quindi, per questa materia, al diritto romano, che era il diritto comune. Questo principio inoltre valeva tanto per i discendenti maschi quanto per le femmine, le quali dovevano mettere in collazione ciò che avevano ricevuto a titolo di dote, e tanto se concorrevano all'eredità loro delata (1), tanto se agivano per il completamento della legittima. quando questa toccava loro (2). È degno di nota poi che, in ossequio al principio della preferenza dei maschi sulle donne, quante volte si trattava di determinare la legittima toccante ai figli, nel numero dei figli si computavano anche le donne, la cui dote si poneva in collazione, mentre la quota, che loro sarebbe toccata oltre la legittima, si accresceva ai maschi (3).

La collazione era dovuta da discendenti a discendenti secondo i principii del diritto romano, il quale aveva sofferto per questo punto modificazioni a causa del solo sistema diverso successorio, derivante dalla preferenza dei maschi sulle donne. E gli statuti di Cento, ponendo l'ipotesi che il padre avesse dotata la figlia, e che, premorta questa, i figli di lei avessero diritto alla legittima sulla eredità dell'avo loro materno, disponeva che questi non fossero tenuti ad imputare nella quota legittima la dote ricevuta dalla madre loro. Ecco le parole dello Statuto: « Statuimus et ordinamus ad tollendum dubium inter doctores iuris civilis, saepius excitatum quod si pater filiam vel filias dotavit, quae ipsi patre predecessit, seu praedecesserunt, superstitibus ex ea vel eis filiis, tales filii non teneantur dotem, seu dotes maternas in legitima sibi de iure debita in bonis eorum avi, quando et in casu quo eis dicta legitima deberetur, et de ea tractaretur, computare et quod supra dictum est de dictis nepotibus locum etiam habeat in dictis filiabus » (4).

Seguendosi, quanto alla collazione, generalmente i principii del diritto romano giustinianeo, il *de cuius* poteva dispensare l'erede, beneficiato in vita, dall'obbligo della collazione, ed allora i coeredi non avevano azione per costringerlo a porre in collazione quanto in precedenza aveva ricevuto. Ma questa facoltà non era concepibile per quelle leggi, le quali, come innanzi si è visto, proibivano al padre di migliorare la condizione di uno dei figli, a scapito degli altri, sia per atto tra vivi, sia col testamento (5). Se quindi il padre aveva donato od assegnato ad uno dei figli qualche cosa in precedenza, questi, ancorchè dispensato dal padre, era tenuto mettere in collazione quanto aveva ricevuto.

Una differenza col diritto romano si osserva anche in quelle legislazioni, che non accettarono questo quale diritto comune, come nella legislazione veneta, la quale ammise la collazione, solo quando trattavasi di successione intestata, partendo dal principio, per la testata, che il non avere il testatore imposto espressamente l'obbligo della collazione fosse segno della sua volontà di averne voluto dispensare l'erede beneficiato in vita. Solo così può spiegarsi la seguente disposizione degli statuti di Venezia: « Cum moritur quis *intestatus*, si tantum filios reliquit, illi aequaliter veniunt ad successionem. Ita quod si aliquis filiorum divisus erat a patre per securitatem, tantum minus percipiat, quantum a patre habuit » (6). E più giù, parlandosi sempre della successione intestata: « Et si aliquis vel aliqui eorum divisus vel divisi fuerint vel fuerit ab avo, vel patre, vel ab alio de ascendentibus, et de bonis eius aliquis habuerint, vel habuerit, tantum minus percipient, vel percipiet in parte sua » (7).

Altrove, seguendosi i principii sanciti dal diritto langobardo ed innanzi esposti, i figli e discendenti erano tenuti porre in collazione, non solamente quanto avessero ricevuto dal padre od ascendente, ma quanto essi stessi avessero acquistato, stando sotto la potestà dell'ascendente defunto. E negli statuti di Bologna del 1260 si legge: « Cum patres multa expendant in filiis stando in scolis, et discordia possit oriri inter fratres, idcirco quidquid acquisierint tales filii stando in potestate patris totum debeat esse comune, et fratribus positis in potestatem eiusdem patris comunicari... Idem dicimus in qualibet alio filio familias » (8). Ma questa disposizione non si legge più negli statuti del 1454 i quali riproducono le disposizioni del diritto romano (9).

Altrove poi vigeva un principio totalmente contrario al romano, e cioè il beneficato non era tenuto a porre in collazione quanto aveva ricevuto dall'autore, salvo che questi non gli avesse espressamente imposto l'obbligo della collazione. Questo principio è sancito dalle Consuetudini di Milano del 1216, nelle quali si legge: « Si pater sponsalitium dederit pro uno ex filiis, mortuo patre, alter etiam pro quo nil pater dederit, nihil percipiet, nisi pater expresserit. Si vero pater expresserit valebit, et deductioni locus erit. Amplius si pater pro uno ex filiis sponsalitium dederit et nihil de eo postea expresserit, et mortuo postea patre de communi pro altero filio sponsalitium datum fuerit, ille pro quo pater dederat tantum percipiet quantum de communi alteri datum est... Haec obtinebant et obtinent per consuetudinem civitatis, licet forte per errorem a quibusdam sit iudicatum in contrario » (10).

Ma gli statuti di Milano del 1498 respinsero il principio sancito dalle consuetudini del 1216. In essi infatti si legge: « De iis quae asseruit ascendens expendisse... circa uxorem descendentis ornandam et adobandam creditur eidem ascendenti... et quantum erit expensum... teneatur maritus de bonis quae obvenient in partem exonerare et indemnes praestare caeteros fratres et cohaeredes » (11). E più chiaramente altrove: « Ascendens non possit descendentes masculos ex linea masculina meliorare per viam alicuius dispositionis, sive inter vivos, sive in ultima voluntate directe, nec per indirectum quin in stirpes aequales sint, et hoc sive in potestate constituti sint, sive non » (12).

Il principio che il coerede non fosse tenuto a porre in collazione quanto aveva ricevuto dal *de cuius* salvo espressa disposizione di costui, ed il quale era stato sancito nel periodo barbarico dalla legislazione merovingia (13), fu accolto ancora da alcune consuetudini

(1) *Const. leg. Pis.*, 35; *Stat. di* [illegible]*ssuolo*, II, 86; *Stat. Cittanova*, V, 14; *Stat. Venet.*, IV, [illegible]; *Stat. Mediol.*, I, 286.
(2) *Stat. Bonon.*, 107; *Stat. Bell.*, II. 138; *Stat. Callii*, II, 64.
(3) *Stat. Cremae*, fol. 64 tergo; *Stat. Callii*, II, 67.
(4) *Stat. Centi*, III, 16.
(5) *Cons. Amalph.*, 6.
(6) *Stat. Venet.*, IV, 24.
(7) *Stat. Venet.*, IV, 25.
(8) *Stat. Bonon.*, 1260, IV, 28.
(9) *Stat. Bonon.*, 14.
(10) *Cons. Mediol.*, 18.
(11) *Stat. Mediol.*, I, 293.
(12) *Stat. Mediol.*, I, 305.
(13) Childeb., cap. 2 in Pertz, II, 6.

francesi nel periodo del quale ci andiamo appunto occupando (1).

Prima di chiudere questo numero è uopo far osservare che nei paesi dove era imposto l'obbligo della collazione, secondo i principii romani, il coerede poteva astenersi dall'eredità e contentarsi di ciò che aveva, per atto tra vivi, ricevuto dall'autore (2).

**181.** Quanto ai mezzi per tutelare il diritto successorio, le legislazioni, delle quali ci andiamo occupando, si rimettevano generalmente al diritto romano, come può ampiamente rilevarsi dalle opere dei giuristi ed anche dai pratici dell'epoca. Però, ammesso anche generalmente il principio che il possesso delle cose ereditarie passasse di diritto dal defunto all'erede, ne veniva come necessaria conseguenza, che quest'ultimo, a tutelare quel suo possesso, potesse ricorrere a tutti i mezzi possessori ammessi dalle leggi. Questo principio è sancito da tutte quelle legislazioni, e le si son viste innanzi, le quali ammettono il passaggio *ipso iure* del possesso all'erede (3). Di tal che, chiunque non essendo erede, occupava cose ereditarie, era costretto a restituirle non solo, ma, se in mala fede, veniva punito con una multa. Si legge invero negli Statuti di Ferrara: « Determinantes quod ubi quis reperiatur scienter indebite aliqua bona haereditatis, vel in haereditate alicuius, seu fructus aliquos percepisse vel occupasse, condemnatus sit et esse intelligatur in poena librarum vigintiquinque march. Massariae Communis applicandarum, ultra alias poenas Iuris et Statutorum nostrorum, et etiam ad restitutionem ablatorum et emendationem cuiuslibet damni et interesse » (4). E negli Statuti di Cremona: « ... et si quis, qui non sit haeres, ingrediatur possessionem bonorum haereditariorum, ingressus sit nullius momenti, et solvat pro banno centos soldos imper. » (5).

Come vedesi queste multe erano comminate contro coloro che occupavano beni ereditarii in mala fede, poichè se erano in buona fede, e cioè credevano o di essere eredi, o di aver diritto, per titolo qualsiasi, a quella cosa, allora non avevano luogo quelle multe, e nè erano tenuti a restituire i frutti percetti, come può desumersi da un passo degli stessi statuti di Cremona: dove si legge: « quilibet bonae fidei possessor... lucretur et lucrari debeat fructus et pensiones habitos per tempora ante litem contestatam... » (6).

Notevoli, per le azioni che competevano all'erede, a tutela del suo diritto ereditario, sono gli statuti di Roma, i quali così si esprimono: « Possessio quorumcunque bonorum testatorum, vel ab intestato defunctorum in haeredes tantum, praesentium statutorum auctoritate, continuata censeatur; Senatorque et Iudices eosdem haeredes in possessione manutenere et reducere iuris et remediis opportunis omnino teneantur » (7).

Adunque per tutti i beni che alla morte del testatore si trovavano nella eredità l'erede aveva tutti i rimedi per ricuperarne e conservarne il possesso; il che non escludeva ch'egli potesse, in linea petitoria, agire per riavere quante altre cose si appartenessero al defunto. Anche qui perciò si osserva una fusione di principii germanici e romani.

§ 5. — *Dei legati e dei fedecommessi.*

**182.** Per ciò che ha riguardo ai legati i nostri statuti e le altre legislazioni, che si vanno studiando in questo capitolo, accolsero, può dirsi, quasi integralmente il diritto romano giustinianeo, ed è però che, salve poche eccezioni, esse tacitamente od espressamente si rimettono a quel diritto, non dettando norme speciali al riguardo.

Ma mentre, come si diceva, vi sono alcune leggi che trattano dei legati, almeno di alcuni punti dell'argomento, si notano pure delle differenze col diritto romano, prodotte dalla diversa indole dei due diritti successorii; ed io, fermandomi brevemente sulla materia, andrò notando queste differenze.

Quanto alla forma, dove si mantenne la distinzione romana di testamenti e di codicilli per la diversa solennità, i legati potevano esser racchiusi o nel testamento, ovvero fatti con la forma del codicillo. Dove quella distinzione non si conservò nella sua sostanza, si conservò la distinzione più generica di disposizioni universali e disposizioni particolari (8), ed i legati potevano essere contenuti nelle prime, ovvero ordinarsi con la forma delle seconde. Può quindi dirsi che, fatta eccezione per quelle leggi, le quali richiedono la istituzione di erede per la validità di un testamento, la forma con cui solevano ordinarsi i legati consisteva o in un testamento, ovvero in un atto di ultima volontà meno solenne.

Qualche legge, come gli statuti di Val Trompia, e si noti che questi richiedevano nel testamento la istituzione di erede sotto pena di nullità, distinse i legati di valore minimo (fino a libre cinque), quelli di valore medio (fino a libre cento) e quelli di valore superiore (dalle libre cento in sopra), e per i primi non richiese neanche l'atto scritto, ma la sola presenza di tre testimoni; per i secondi richiese l'atto scritto, ma ritenne sufficiente la presenza di tre testimoni; per gli ultimi non solo l'atto scritto, ma ancora l'intervento di cinque testimoni (9).

**183.** Scomparsa, per la maggior parte delle nostre leggi la differenza sostanziale tra testamenti e codicilli, la clausola codicillare avrebbe dovuto andare in disuso, e perdere la sua originaria efficacia. Eppure non fu così: mentre da una parte quegli statuti che avevano conservato il concetto romano del testamento conservarono la clausola codicillare; dall'altra l'essere il diritto romano addivenuto il diritto comune influì a far sì che per tradizione la clausola codicillare si conservasse (10). Però la semplice influenza del diritto romano non avrebbe avuto forza di mantenere in vita un istituto che non avesse avuto scopo alcuno: la clausola codicillare, anche colà dove era scomparsa la diffe-

(1) Cf. *Revue histor.*, 1860, p. 534 seg.

(2) *Cons. Messan.*, 23; *Cout. de Paris*, 307.

(3) *Stat. Cremae*, fol. 62; *Stat. Veronae*, II, 82; *Stat. Centi*, III, 5; *Stat. Belluni*, II, 140; *Stat. Rovereto*, I, 155; *Stat. Mutinae*, III, 45: *Stat. Placentiae*, III, 63; *Stat. Regii*, II, 76; *Stat. Riperiae*, 173; *Stat. Trident.*, I, 124; *Ius municip. Vicentin.*, p. 185; *Stat. Sassuolo*, II, 32; *Stat. Monfestino*, II, 81; *Stat Vall. Trompia*, 148; *Stat. Vall. Camonicae*, 352; *Stat. Cesenae*, p. 55; *Stat. Valtellina*, I, 145; *Stat. Bobbio*, II, 96; *Stat. Cadubrii*, II, 114; *Costit. Piemont.*, V, 5; *Costit. Modan.*, II, 14, 19, 20.

(4) *Stat. Ferrar.*, II, 82.

(5) *Stat. Cremon.*, 368.

(6) *Stat. Cremon.*, 398.

(7) *Stat. Romae*, I, 147.

(8) *Stat. Cadubrii*, II, 109; *Stat. Tarvisii*, II, 3, 1; *Stat. Mediol.*, I, 322; *Stat. Cremon.*, 386; *Const. Patriae Forojul.*, 144; *Costit. Piemont.*, V, 22, 2; *Stat. Bergomi*, VI, 5; *Stat. Paduae*, II, 8, 1, ecc.

(9) *Stat. Vall. Trompia*, 173.

(10) *Stat. Tarvisii*, Prov. Ducal., I, 17; *Stat. Luc.*, II, 1.

renza sostanziale tra testamento e codicillo, raggiungeva il suo scopo, perchè, per le disposizioni particolari si richiedevano minori solennità che per le disposizioni universali, e, mancando le formalità richieste pel testamento propriamente detto, la disposizione poteva valere come codicillo.

**184.** I legati secondo le norme del diritto romano, si acquistavano dai legatarii e dai loro eredi, ma, salva qualche eccezione (1), come già innanzi si è visto, il possesso delle cose legate non si acquistava *ipso iure* dai legatarii, i quali, per acquistarlo, dovevano rivolgersi agli eredi (2). Che anzi qualche legge disponeva che i legatarii dovessero pretendere la soddisfazione dei legati entro l'anno, sotto pena di perdere ogni diritto alle cose legate, facendo eccezione solo per i legati a chiese, o ad altri luoghi pii, e per quelli ordinati in favore di pupilli (3).

Era poi fatto obbligo agli eredi di pagare i legati in un dato periodo (4); che se non v'era stata ancora adizione, o l'eredità era stata rifiutata, o per qualsiasi altra causa era giacente, i legati dovevano essere pagati dal curatore dell'eredità (5); e, quando vi erano esecutori, da questi (6).

Alcune leggi dettavano norme per i legati a favore di figli di famiglia, e, facendo distinzione tra legati di cose immobili e legati di cose mobili, disponevano che se un figlio di famiglia era legatario di cose immobili, l'usufrutto spettasse al padre; se di cose mobili, queste si acquistassero liberamente ed interamente dal figlio. Che se il legato era fatto in favore di una figlia di famiglia, le cose legate si acquistavano dal padre, salvo che il legato fosse stato ordinato dalla madre o da un parente della linea materna, nel quale caso al padre spettava il solo usufrutto (7).

Si è visto come il marito, in dati limiti, potesse legare alla moglie. Si faceva però quistione, nel caso che il marito avesse legata alla moglie un'annua rendita, se la legataria potesse pretendere la rendita e la restituzione della dote, o se non piuttosto l'una o l'altra. E lo statuto di Ferrara dispose che la vedova non potesse pretendere che l'una o l'altra, a meno che il testatore avesse dichiarato espressamente il contrario, o le avesse legata e la rendita annua e la dote (8).

**185.** Quanto alla riduzione dei legati ed alla quarta falcidia, si conservarono le norme romane, salvo quanto innanzi si è detto per la legittima. Però si leggono alcune disposizioni in qualche statuto, che è pregio dell'opera rilevare. Lo statuto di Val Trompia pone due ipotesi: o gli eredi nominati erano discendenti, fratelli o nipoti del testatore, ovvero parenti del terzo grado od oltre. Nella prima ipotesi, se gli eredi erano quattro o meno, avevano diritto a ridurre i legati fino ad ottenere il terzo di tutta l'eredità; se erano più di quattro avevano diritto ad una quarta parte dell'eredità come legittima e ad un'altra quarta come falcidia. Nella seconda ipotesi gli eredi non avevano diritto che alla quarta dell'eredità solamente. Tra i legati però, che dovevano essere ridotti, non erano compresi i legati pii, i quali venivano considerati come debiti del defunto (9).

**186.** Come pel resto, così ancora per le diverse specie di legati, la legislazione statutaria si ispirò e si rimise al diritto romano, cosa che risulta evidente da questo fatto, che, mentre negli statuti si fa cenno a questa od a quell'altra specie di legati, non si dettano poi norme sugli stessi. E per vero, di alcune di queste specie si trova nei diversi corpi di legge fatto cenno, come del legato di usufrutto, e il legatario di questo era tenuto a fare inventario (10); del legato di rendita (11); del legato di debito, che restava in vita anche quando il testamento fosse stato rotto (12); del legato di dote (13); e del legato di alimenti (14). Un esempio di legato speciale si trova negli statuti di Castronovo Scrivia, i quali dispongono che il testatore, nominando la moglie tutrice o curatrice dei figli, potesse dispensarla dal render conto e legarle *omne id in quo ipsa damnificaretur occasione administratione dictae tutelae* (15).

**187.** Discorrendo della legislazione germanica si vide quanta importanza avessero acquistato i legati a favore dell'anima, i quali soli in qualcuna di quelle leggi erano permessi e nel breve studio fatto intorno alla legislazione ecclesiastica si notò come questa avesse favorite simili disposizioni.

La tradizione fu continuata dalle legislazioni posteriori e grande estensione acquistò l'uso di simili legati ed, in generale, delle istituzioni *ad pias causas* o *pro anima* (16).

Tali disposizioni, quanto alla forma, erano regolate dal diritto canonico, già innanzi studiato, nè manca qualche statuto che ciò dica espressamente (17); ed io, per non fare inutili ripetizioni rimetto il lettore a quanto si è detto sull'argomento nel capitolo riguardante il diritto canonico.

Ma poichè per la generalità degli Stati, le cause testamentarie erano di competenza del foro ecclesiastico, non solo quanto alla fòrma, ma anche quanto al contenuto, i legati pii e le disposizioni *pro anima* erano regolati dalle norme dettate dal diritto canonico. Simili disposizioni perciò erano valide e produttive di effetti giuridici, anche quando nel testamento o nel codicillo non si fossero determinati e il luogo pio, a cui favore era fatto il legato, e la qualità e la quantità delle cose legate. E si presumeva, mancando l'indicazione del luogo pio, che la disposizione fosse a favore dei poveri, mentre la determinazione della qualità o della quantità, trascurata dal testatore, veniva rimessa all'arbitrio del vescovo, ovvero di un uomo onesto (18).

Che se la disposizione era destinata a messe da celebrarsi per l'anima del defunto, ritenevasi quale legataria la Chiesa dove le messe dovevano, secondo la volontà del testatore, essere celebrate (19).

La legislazione statutaria, pel gran favore, da cui tali disposizioni erano circondate, dettò norme rigorose per

(1) *Stat. Bobbio*, II, 96; *Stat. Cremae*, fol. 62.
(2) *Stat. Cadubrii*, II, 113, 114; *Stat. Centi*, III, 5.
(3) *Stat. Cittanova*, v, 10.
(4) *Const. Patr. Forojul.*, 148; *Stat. Centi*, III, 4.
(5) *Stat. Florent.*, II, 31; *Stat. Cremon.*, 365; *Stat. Venet.*, IV, 5, 6, 8, 47; *Stat. Varisii*, 42.
(6) *Stat. Centi*, III, 4.
(7) *Stat. Venet.*, IV, 8.
(8) *Stat. Ferrariae*, II, 144.
(9) *Stat. Vall. Trompia*, 143.
(10) *Stat. Cittanova*, v, 12.
(11) *Stat. Ferrariae*, II, 144.
(12) *Stat. Castri Arquati*, 29; *Stat. Varisii*, 49.
(13) *Const. Patriae Forojulii*, 123.
(14) *Stat. Lucae*, II, 7.
(15) *Stat. Castrinovi Scrippiae*, 146.
(16) Cf. Filomusi-Guelfi, *Delle disposizioni per l'anima*, nella *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, I, p. 47 seg.
(17) *Const. Patriae Forojul.*, 144.
(18) Mantica, *De conjectur.*, VI, 3, n. 37.
(19) *Rota Romana*, recent. Decis., 296, n. 1, 309 seg.

il loro adempimento (1), e norme speciali pel procedimento da seguirsi in caso di contestazione (2). Che anzi vennero creati speciali magistrati, che curassero l'adempimento dei legati a favore dei poveri, ovvero tale incarico venne affidato a certi magistrati del Comune (3). Inoltre i legati pii conservavano gli antichi privilegi, specie quelli di non essere involti nella rottura del testamento, sicchè ottenevano, anche in questo caso, ogni effetto giuridico (4); l'altro di non soffrire riduzione, quando si dovesse reintegrare la legittima, o formare la quarta falcidia, quasi che si considerassero come debiti del defunto (5); e l'altro di restare esenti da quelle imposizioni che ordinariamente colpivano gli altri legati (6).

Però coll'andare del tempo, il grande abuso che si fece di simili disposizioni privilegiate, indusse, almeno in alcuni Stati, il legislatore a porre dei limiti, ed a richiedere certe garanzie. E ad esempio, come già innanzi si è visto, il legislatore veneto dichiarò nulla quella disposizione, nella quale non fossero determinate la persona del legatario e la qualità e quantità del legato, ancora quando il testatore ne avesse rimessa la determinazione a persona ecclesiastica (7).

D'altra parte, essendosi, pel grande uso delle disposizioni a favore dell'anima o dei luoghi pii, accresciute straordinariamente le manimorte ecclesiastiche, si sentì il bisogno di porre un freno a simile aumento che riusciva dannoso all'agricoltura da una parte, al libero commercio della proprietà fondiaria dall'altra. Dapprima non si osò, avuto anche riguardo allo spirito del tempo, porre dei limiti alla volontà dei testatori, e si ricorse ad un mezzo termine, quello cioè di permettere sì le disposizioni a favore di luoghi pii, ma di decretare nel contempo che quante volte l'oggetto di simili disposizioni fosse un immobile, questo dovesse essere venduto in un dato tempo, e col ricavato si dovesse eseguire la disposizione del testatore. L'esempio, può dirsi, venne dato dalle costituzioni sicule (8), alle quali tennero dietro la legislazione veneta (9), gli statuti ferraresi e quelli di Firenze (10).

Ma quando lo spirito di libertà e di riforma cominciò ad incalzare, i principi riformatori posero anche un freno alla volontà dei testatori, sia richiedendo l'intervento dell'autorità sovrana, sia dichiarando nulle certe disposizioni. E così fu decretato che i luoghi pii non potessero acquistare, sia per atto tra vivi, sia a causa di morte beni stabili di qualsiasi valore e beni mobili di valore eccedente una data misura, senza l'autorizzazione sovrana ed il decreto di ammortizzazione (11). Così ancora venne dichiarata nulla e priva di qualsivoglia effetto giuridico la disposizione, nella quale fosse istituita l'anima del testatore erede o legataria (12). Così inoltre si dichiarò inefficace la disposizione, la quale sottoponesse tutto l'asse ereditario al peso di messe, e solo si impose agli eredi legittimi, ai quali l'eredità veniva assegnata, l'obbligo di far celebrare ogni anno delle messe in suffragio dell'anima del defunto (13).

In tal modo la legislazione italiana si avviava a quelle riforme che poi vennero sancite nella Codificazione (14).

**188.** Quanto ai fedecommessi o sostituzioni fedecommissarie, nella legislazione statutaria, generalmente parlando, non si ebbe quella trasformazione che si osserva nelle legislazioni posteriori. I fedecommessi conservarono il carattere dato loro dal diritto romano giustinianeo, e ciò dimostrano quelle poche disposizioni che al riguardo si leggono negli statuti, dei quali alcuni, mentre riconoscono la facoltà nel testatore di istituire fedecommessi, non dispongono alcuna cosa intorno a questi, rimettendosi così tacitamente al diritto romano (15).

Il fedecommesso poteva essere universale o particolare (16), secondo che aveva per oggetto tutta o parte dell'eredità, ed è però che quanto alla forma esso poteva costituirsi mercè testamente o codicillo nelle stesse forme, cioè, con cui potevasi disporre a titolo universale o particolare per atto di ultima volontà. Nè i nostri statuti mancano di contemplare quei casi in cui il fedecommesso poteva costituirsi tacitamente, come ad esempio se il testatore, istituendo l'erede, gli ordinava di non alienare i beni formanti l'asse ereditario (17).

**189.** Quanto poi all'acquisto del fedecommesso, gli statuti, non dettando disposizioni al riguardo, si rimettono al diritto romano. Solo in alcuni si trovano norme precise come negli statuti di Crema, i quali così dispongonò: « Haereditas transeat in substitutum per fideicommissum directa via, absque restitutione gravati, et hoc in casu haereditatis restituendae, et ipso casu possessio bonorum haereditariorum intelligatur et sit ipso iure translata in fideicommissum substitutum, retenta debita portione per gravatum seu eius haeredes » (18).

Adunque, trattandosi di fedecommessi universali, venuto il giorno della restituzione, il fedecommissario, come l'erede, acquistava di diritto l'eredità, senza bisogno di restituzione da parte dell'erede gravato o fiduciario che voglia dirsi; ed il possesso, come dal defunto passava *ipso iure* all'erede, così dal fiduciario passava di diritto al fedecommissario. Ciò era una conseguenza necessaria dei principii accolti dalla legislazione statutaria quanto all'acquisto della eredità: poichè se all'erede era concesso il passaggio del possesso *ipso iure*, pel principio che egli avesse già un diritto di aspettativa sui beni ereditari, tanto più questo passaggio doveva essere concesso al fedecommissario, il quale, in forza delle medesime disposizioni di ultima volontà, aveva acquistato un diritto di aspettativa sul patrimonio ereditario, nel quale egli era stato sostituito per fedecommesso.

**190.** Per la quarta trebelliana ancora si accolsero generalmente le disposizioni del diritto romano, e gli statuti, i quali chiamano questa quarta anche quarta

(1) *Stat. Centi*, III, 4; *Stat. Cittanova*, V, 9.
(2) *Stat. Placent.*, III, 61.
(3) *Stat. Ferrar.*, IX, 30; *Stat. Veron.*, IV, 11.
(4) *Stat. Castri Arquati*, IV, 29; *Stat. Varisii*, 41.
(5) *Stat. Vall. Trompia*, 143.
(6) *Stat. Venet.*, *Legge 21 marzo 1573*.
(7) *Stat. Venet.*, VI, 56.
(8) *Costit. Sicul.*, III, 20.
(9) *Stat. Venet.*, *Leggi 21 dicembre 1536 e 26 marzo 1695*.
(10) Cf. *Filomusi-Guelfi*, op. cit., loc. cit.

(11) *Legge Toscana*, 1751; *Legge Genovese*, 1762; *Legge Modenese*, 1763; *Legge Lucchese*, 1764; *Legge Parmense*, 1764; *Legge Veneta*, 1766.
(12) *Reale Dispaccio 22 agosto 1772* (Napoli).
(13) *Dispaccio 17 agosto 1770* (Napoli).
(14) Cf. Filomusi-Guelfi, op. e loc. cit.; Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, II, 2, p. 482 e seguenti.
(15) *Stat. Cesena*, p. 96.
(16) Cf. *Stat. Vall. Trompia*, 139.
(17) *Stat. Castri Arquati*, IV, 27.
(18) *Stat. Cremae*, fol. 64 tergo.

falcidia (1), spesso non fanno che dire dover avvenire la restituzione salva la porzione (2), o la falcidia (3), dovuta al gravato, ovvero dicono che l'erede fiduciario non possa ritenere che la quarta (4) o semplicemente la trebelliana (5).

Però gli statuti di Val Trompia e di Val Camonica dettano disposizioni che è pregio del lavoro ricordare. Essi adunque disponevano che, se gli eredi gravati della restituzione erano discendenti od ascendenti maschi della linea maschile, potessero dedurre, se quattro o meno, il terzo dell'eredità, se più di quattro la metà, nella quale quota si comprendeva e la legittima e la quarta trebelliana. Ed anche una sola sottrazione per la legittima e per la trebelliana si faceva, se gli eredi fiduciari erano parenti fino al terzo grado; che se invece erano gli eredi fiduciari parenti oltre questo grado od estranei, essi potevano dedurre solo una quarta parte e cioè la quarta trebelliana, poichè di questa si parla nella rubrica (6).

Ed è qui anche da ricordare la regola posta dalle Costituzioni piemontesi, e cioè che se la restituzione doveva essere fatta ai discendenti, il testatore potesse impedire ai figli di detrarre la trebelliana, dovendosi accontentare della sola legittima; se doveva essere fatta ad estranei, i figli istituiti avevano in qualunque caso diritto a detrarre la legittima e la trebelliana (7).

Quanto infine alle cose che dovevano essere imputate nella quarta trebelliana, non manca qualche statuto che, preoccupato della quistione se e quando i frutti dovessero venire imputati nella medesima, quistione che si dibatteva tra i romanisti, volle troncarla disponendo che se l'erede fiduciario era un discendente egli potesse sottrarre la quota legittima, senza computare i frutti percepiti; che se invece l'erede gravato era un estraneo avesse diritto di dedurre la quarta trebelliana, ma imputando ad essa i frutti che aveva percepiti. Ecco le parole dello statuto: « Item statutum est quod rogatus ultima voluntate restituere haereditatem in morte, si fuerit extraneus detrahat trebellianicam tantum, in ea tamen computatis fructibus ab eo perceptis; si vero fuerit descendens detrahat legitimam tantum, non computatis fructibus, quae augetur secundum numerum liberorum tam masculorum quam foeminarum » (8).

**191**. Ma mentre le legislazioni nostrane e straniere avevano accolto l'istituto del fedecommesso così come era stato disciplinato dal diritto romano giustinianeo, coll'andar del tempo, e sotto l'influenza del carattere feudale, che andava acquistando la famiglia, e che aveva acquistato la grande proprietà fondiaria, il fedecommesso di famiglia romano andò acquistando nuovo carattere che gli fu improntato dal sistema successorio feudale, e che a sua volta improntò ai beni costituenti il fedecommesso quel carattere d'inalienabilità, che era una delle caratteristiche del feudo (9).

Ed ecco come propriamente sorse questa nuova forma di fedecommesso. Si è visto come la successione feudale fosse una successione necessaria nel senso che non dipendeva dalla volontà presunta od espressa dell'investito, ma principalmente dai patti del contratto feudale, dai quali poi si formò la consuetudine che a sua volta si trasformò in legge; ed ecco perchè il feudo non andava mai agli eredi di sesso femminile, salvo il caso che ciò fosse stato espressamente concesso nel contratto d'investitura. Si è visto pure come in alcune regioni ed in non pochi feudi d'Italia e nella maggior parte di quelli di Francia e d'Inghilterra, nella successione feudale, fosse accolto il principio della primogenitura, nel senso che nel feudo succedesse il solo primogenito, per impedire che tanto il territorio quanto i poteri che vi erano annessi venissero divisi tra più eredi. Questo sistema di successione, e lo si è visto innanzi, fu adottato in quei luoghi, dove vigeva per i beni feudali, anche per la successione nei beni dei dipendenti, usando questa parola in senso largo; e, poichè i dipendenti potevano possedere anche beni liberi, il sistema della primogenitura venne esteso anche alla successione di questi beni. E così in alcuni luoghi, come ad esempio in Normandia, la primogenitura costituì quasi la regola nella successione tanto dei nobili quanto degl'ignobili.

I vantaggi che questo sistema arrecava, mantenendo la coesione tra i membri di una stessa famiglia ed il lustro di questa, fecero sì che si cercò il mezzo di applicarlo anche ai beni liberi, la successione ai quali avrebbe dovuto essere regolata secondo il diritto civile del luogo. A raggiungere lo scopo fu di aiuto lo stesso diritto romano, il quale, con l'istituto della sostituzione fedecommissaria, offrì il mezzo di nominare più eredi successivi e cioè di regolare la successione in quei beni che formavano oggetto del fedecommesso; e con i fedecommessi di famiglia, offrì il modo di vincolare quegli stessi beni ad una famiglia. Con questi istituti romani poi si innestarono quelli feudali della perpetuità cioè dei beni in una famiglia e della primogenitura. Così sorse quell'istituto che, pur dicendosi fedecommesso, era ben diverso dal fedecommesso del diritto romano, ed il quale consisteva in ciò, che un dato patrimonio veniva vincolato perpetuamente ad una data famiglia, nella quale si trasmetteva, secondo le norme determinate dal fondatore, senza che i successori potessero alienarlo in tutto od in parte.

Ma è da porre mente a questo che, come in Italia accanto al sistema franco della primogenitura visse, e largamente, il sistema langobardo dell'eguaglianza tra i figli maschi nella successione feudale, così le prime manifestazioni del nuovo istituto ci si presentano senza l'elemento della indivisibilità, poichè tutti i figli del possessore attuale venivano chiamati all'eredità del fedecommesso. È vero che in un documento del 1076 si riscontra la istituzione di un fedecommesso colla norma della primogenitura (10), ma esso è quasi evidentemente apocrifo, e non può quindi invocarsi come prova sicura (11). Invece nello statuto veneto si legge: « Si quis reliquit

(1) *Stat. Castri Arquati*, IV, 27.
(2) *Stat. Cremae*, cit.
(3) *Stat. Castri Arquati*, cit.
(4) *Stat. Vall. Trompia*, 145; *Stat. Albenga*, p. 225.
(5) *Stat. Riperiae*, 177; *Cost. Piemont.*, V, 3, 1.
(6) *Stat. Vall. Trompia*, 145; *Stat. Vall. Camonica*, 355.
(7) *Cost. Piem.*, V, 4, 1, 2.
(8) *Stat. Riperiae*, 177.
(9) Torre, *Tractatus de successione in majoratu et primogenitura Italiae*, 1686; Barbatus, *De fideicommis. major. et primogenit.*, 1643; Molina, *De hispan. primogeniturae origine ac natura*; Costa, *Entwickelung de fideicomm.*, 1864; Salza, *Familien. Fideicommisse* nel *Rechtslexikon*; Wilda, *Beitrag zur Lehre v. den Familien. Fideicommisse* nella *Zeitschr. f. Deutsch. Recht.*, XII, ecc.
(10) Lupi, *Cod. diplom. Berg.*, II, 766: L'istitutore dispone per la successione nel fedecommesso: « ut frater meus et primogenitus filius suus legitimus, et quicumque primogenitus masculus legitimus fuerit ex suorum progenie, et si masculus non fuerit primogenita femina quae fuerit ex suorum progenie teneat ad laborandum ».
(11) Cf. Pertile, op. cit., § 102 pr. e nota 6.

proprietatem per dimissoriam filio, vel nepoti, vel aliis descendentibus de prole, sub tali ordine, quod deferri debeat secundum ordinem descendentibus de prole, volumus ut ipsa proprietas debeat deferri omnibus descendentibus de prole illius, cui relicta fuerit secundum ordinem, videlicet, ut illi, qui est in primo gradu, primo deferatur, et sic ordinatim ad alios, quamdiu aliquis de prole illa fuerit in ordine descendenti. Sed si unus tantum remansit de prole in ordine descendente, volumus, quod in vita sua ille non possit eam alienare, sed in ultima voluntate tantum alienare possit. Et si plures de illa prole in ordine descendente in eodem gradu fuerint, ad quos proprietas devenire debeat per eam, quam supra diximus, constitutionem, omnes aequaliter habeant eam, et proprietas ipsa veniat de herede in haeredem. Deficientibus vero haeredibus, deveniat de uno istorum, qui sunt in eodem gradu in alium qui est in gradu simili. Idem dicimus de omnibus qui eodem modo proprietatem suam aliqui dimiserint » (1).

Ma coll'andare del tempo, specialmente sotto l'influenza di quanto era avvenuto fuori d'Italia, in particolar modo nella Spagna, e durante proprio la dominazione spagnuola, furono anche in Italia i fedecommessi costituiti in modo che i beni, i quali ne erano oggetto, fossero indivisibili, ed uno solo degli eredi ne divenisse possessore. Quindi si dovette nell'atto di istituzione regolare la trasmissione del fedecommesso, il quale si disse primogenitura quando il solo primogenito era chiamato al fedecommesso, in qualunque linea o grado questo passasse: si disse maiorascato o maggiorasco quando era chiamato il più prossimo al defunto ed il maggiore di età nello stesso grado; si disse senoriato, quando la successione nel fedecommesso era regolata in modo che fosse chiamato sempre il più avanzato in età tra i discendenti del primo istituito (2).

**192.** Quanto alla forma, originariamente, come può anche rilevarsi dallo statuto veneto, le cui parole si sono qui sopra riportate, il fedecommesso doveva essere istituito con atto di ultima volontà, nella stessa guisa che il fedecommesso romano. E quando si cominciò a vedere la possibilità di istituire un fedecommesso anche per atto tra vivi, come per atto tra vivi si istituivano non soltanto il feudo regolandosene la successione, ma anche quelle altre forme di concessione di proprietà immobiliare, la cui trasmissione si regolava nel contratto, i giureconsulti, in particolar modo i romanisti, si fecero a sostenere che anche le primogeniture ed i maiorascati dovessero costituirsi per atto di ultima volontà (3). Però la dottrina contraria prevalse a poco a poco, e fino agli ultimi tempi dell'istituto i fedecommessi si potettero costituire per atto tra vivi ancora (4).

**193.** Quando l'istituto che andiamo svolgendo si estese in Italia, e toccò l'apogeo, la mania di costituire fedecommessi per assicurare la conservazione dei beni nella famiglia ed il lustro del casato invase tutti e tutti potettero costituirne, sia nobili che plebei, come può rilevarsi, non solamente dagli statuti e dalle leggi venete (5), ma ancora dai documenti e dalle notizie dagli scrittori raccolte (6).

Ma, allorchè si videro i gravi danni che all'economia pubblica apportavano i fedecommessi, specialmente perchè i non nobili solevano costituirli sopra beni di poca entità non solo, ma destinati alla libera circolazione, tra le disposizioni, di cui i regoli dell'epoca si servirono per limitare gl'inconvenienti cui i fedecommessi davano luogo, vi fu quella che solamente i nobili potessero costituirli (7). E quando e dove si concesse di costituirli ai non nobili, tale facoltà fu limitata all'alta borghesia, poichè per ordinario si richiese che fedecommessi non potessero costituirsi se non su beni di un valore determinato, valore rilevante, come avrassi occasione di vedere or ora (8). Non sono però mancate leggi del nostro secolo, che, ammettendo i fedecommessi, non ammisero la distinzione tra nobili e non nobili, sicchè tutti potettero costituirne (9), e l'unica limitazione si determinò nel valore dei beni che ne potevano formare oggetto.

**194.** Come per le persone che potevano costituire fedecommessi, così ancora per le cose che ne potevano formare oggetto non vi era da principio alcuna limitazione, e fedecommessi potevansi costituire non solamente sopra beni feudali, ma ancora sopra beni liberi; non solo sopra immobili, ma sopra mobili e financo sopra l'esercizio di un'industria o di un commercio (10). Insomma avveniva per questa specie di fedecommessi quello che era avvenuto pel feudalismo, il quale invase tutto, sicchè potettero essere concessi a titolo di feudo le cariche, gli ufficii, l'esercizio di professioni liberali, ed anche di un mestiere (11).

Ma le istesse considerazioni, che avevano dettato le limitazioni più sopra osservate a proposito delle persone che potevano costituire fedecommessi, dettarono delle limitazioni anche per le cose che ne potevano formare oggetto. Partendosi dal concetto della perpetuità originaria dei fedecommessi o delle primogeniture, ed anche dal vincolo tra i beni che ne formavano oggetto ed il casato o la famiglia nella quale doveva trasmettersi, si vollero escludere tutte quelle cose, che per natura mal si prestassero ad essere vincolate ad una famiglia. E di conseguenza si disse che le cose mobili per regola non potessero formare oggetto di un fedecommesso o di una primogenitura, e solo si fece eccezione per le collezioni di cose preziose, le quali, per la loro stessa natura, e per i ricordi che vi erano annessi, potevano essere vincolati ad una famiglia (12). Quindi i fedecommessi e le primogeniture potettero costituirsi solamente su beni stabili, o sopra diritti reali, come diritti feudali, enfiteutici o livellarii, fitti perpetui o decime, non quindi su censi, crediti o danaro. Però siccome i luoghi di monti si consideravano come

(1) *Stat. Venet.*, IV, 7.

(2) Cf. gli scrittori che del fedecommesso si sono occupati e tra gli odierni Beseler, *Deutsche Privatrecht*, § 176; Walter, *Deutsche Privatrecht*, § 473.

(3) Salza, *Familien-Fideicommissa* nel *Rechtslexikon*, IV.

(4) *Motupr. pontif. del 1834*, § 38.

(5) *Stat. Ven.*, IV, 7, 11: *Leggi 29 marzo 1491, 27 agosto 1620, 19 maggio 1637*.

(6) Cf. Bianchini, *Storia delle finanze del Regno di Napoli*, 275; Poggi, *Cenni sulle leggi dell'agricoltura*, II, 224; Pertile, op. cit., § 132.

(7) *Cost. Piemont.*, V, 2, 1; Legge 22 giugno 1747 di Francesco di Lorena per la Toscana (Cant. XXV, 360). Cf. LL. CC. delle Due Sicilie, art. 948.

(8) *Cost. Modan.*, II, 33, 1. Cf. anche Duboin, XXV, 494.

(9) *Motupropr. pontif. del 1834*, § 38.

(10) Pertile, op. e loc. cit. e nota 11.

(11) Cf. Ciccaglione, *Feudalità*, parte I, nell'*Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. VI, parte II.

(12) *Legge toscana 22 giugno 1747* cit.; *Costit. Moden.*, II, 34, 4, 5; Cf. *Motuproprio pontif. del 1834*, § 40, pel quale però le collezioni di cose preziose dovevano essere annesse ai beni stabili che si ergevano a fedecommesso.

beni immobili, quantunque essi non fossero che titoli di debito pubblico, così anch'essi potevano formare oggetto dei fedecommessi (1).

Un'altra limitazione, quanto all'oggetto, consistette in ciò che anche i beni stabili non potessero essere eretti a fedecommesso ed a primogenitura, se non quando raggiungevano un dato valore, il quale doveva essere maggiore o minore, secondo che il fedecommesso costituivasi da una persona non nobile, o da un nobile, per quelle legislazioni che ai non nobili concedevano di fondare una primogenitura od un fedecommesso. E, ad esempio, le costituzioni modenesi disposero che il valore dei beni non potesse essere inferiore alle lire cinquantamila se trattavasi di fedecommesso fondato da uno non nobile (2).

**195.** I beni costituenti un fedecommesso erano inalienabili, nel senso che l'attuale possessore non potesse disporne nè per atti tra vivi, nè per atti di ultima volontà. E questa inalienabilità era assoluta, poichè essi non potevano essere messi in vendita ed espropriati, neppure per crediti vantati dallo Stato contro il possessore attuale (3). Questi aveva diritto solamente ai frutti, e solo quindi sopra i frutti i creditori potevano soddisfarsi, sia sottoponendo i beni ad amministrazione giudiziale, sia facendosi assegnare una parte delle rendite, sia, specialmente quando era creditore lo Stato, dando in fitto i beni medesimi e pagandosi sul prezzo della locazione (4).

Questo carattere d'inalienabilità dei beni formanti oggetto di un fedecommesso era causa di abusi ed inganni da parte dei possessori, i quali o distruggevano le cose stesse per trar profitto dai materiali; ovvero ingannavano i terzi facendo credere che quei beni fossero liberi e quindi alienabili; ovvero, per evitare le conseguenze dei debiti contratti, facevano credere che anche i beni liberi fossero soggetti al vincolo del fedecommesso. Al primo di questi inconvenienti si cercò rimediare col minacciare pene severe; agli altri col disporre che dei beni soggetti a fedecommessi si facesse regolare inventario e che fossero segnati e descritti in appositi registri, in modo che i beni non inventariati e non registrati potessero essere espropriati dai creditori, benchè veramente sottoposti al vincolo del fedecommesso (5).

In alcuni casi, però, i beni del fedecommesso potevano essere obbligati; come per la dote trattandosi di fedecommessi lasciati dai genitori o germani, quando a costituirla mancavano altri beni, e, tanto per la dote di quelle che entravano in monastero, quanto per la dote di quelle che passavano a marito (6).

Non mancano inoltre alcune leggi, le quali disposero dover essere i creditori soddisfatti anche colla vendita dei beni sottoposti a fedecommesso, quando i frutti non la dote fossero stati sufficienti (7).

**196.** La successione nei fedecommessi era generalmente regolata dall'atto d'istituzione di essi. Ma nei primi tempi, quando cioè cominciò a formarsi il nuovo istituto, la successione, non essendosi ancora imposto a tali fedecommessi il carattere della indivisibilità, veniva regolata secondo le norme del diritto civile del luogo, il che si è visto negli statuti veneti (8).

Acquistato poi il fedecommesso il carattere della perpetuità, in modo tale che vi potesse essere non solo il passaggio di grado in grado, ma da una linea ad un'altra e da agnati a cognati, si sentì il bisogno di determinare norme precise per questi passaggi, e specialmente fissare se nella successione si dovesse guardare alla prossimità del testatore gravante, ovvero a quella del gravato della restituzione. E qui mi piace riportare quanto dicono al proposito le leggi municipali di Pistoia del 1647 « Statutum et ordinatum est ad tollendas varias doctorum opiniones quod in omnibus et singulis fideicommissariis successionibus attendatur proximitas testatoris gravantis, non autem personae ultimo loco defunctae gravatae, per cui obitum sit locus successivo fideicommisso, ita ut extincta una linea, et descendentibus ex ea, alio ex alia linea vocato proximior testatori gravantis, non personae gravatae ultimo loco defunctae vocatus intelligatur et sit ad dictum fideicommissum. Et idem observetur, quando deficiente uno gradu revocatorum sit diversio ex dispositione testatoris ad aliam personarum conditionem, veluti a masculis ad foeminas, a descendentibus ad transversales, ab agnatis ad cognatos; in quibus casibus vel similibus supra expressis ille praeferatur in dicta successione fideicommissaria, qui fuerit in proximiori gradu coniunctus cum testatore gravante, nullo habito respectu proximitatis personae gravatae ultimo loco defunctae per cuius obitum efficitur locus successive fideicommisso. Declarantes tamen, quod uno vel pluribus institutis et per fideicommissum substitutis inter descendentes ab eodem, vel ex eadem linea instituto et instituta, et per fideicommissum substituto, et substituta, attendantur proximitas gravati, et non gravantis, ita ut ille vocatur ad successionem fideicommissi, qui fuerit in proximiori gradu coniunctus cum persona ultimo loco defuncta gravata, non obstante quod alius esset eguali vel proximiori gradu coniunctus testatori gravanti; in quo tamen casu, etiam successivo fideicommisso proveniente a patre et eius abscendentibus vel aliis agnatis conjunctis ex latere tantum paterno sit in omnibus et per omnia paris conditionis et concurrat cum fratre, qui fuerit tali defunctae personae ex utroque latere coniunctus. Et ita precise observari statutum fuit nisi testator, qui fideicommissum fecit in eius testamento verbis expressis aliter disposuerit, quo casu ipsius dispositio poenitus attendatur, non obstante praesenti statuto » (9).

Quando poi la indivisibilità addivenne la regola, sicchè il fedecommesso andava ad un solo della linea e del grado chiamati, allora la successione veniva regolata secondo l'ordine determinato del testatore. Ma le leggi stesse vollero determinare dei principii, i quali togliessero ogni difficoltà che potesse insorgere nel caso che il testatore non avesse chiaramente determinato l'ordine di successione. E fu disposto che, quante volte in un fedecommesso costituito a primogenitura, che era la forma più ordinaria, non fosse stata determinata una regola speciale per la successione, si dovesse considerare prima la linea, poi il grado, poi il sesso, e finalmente l'età (10). Così che fino a quando durava la linea del primo investito il fedecommesso in questa si tras-

(1) *Cost. Piemont.*, v, 2, 2; *Cost. Moden.* cit.
(2) *Costit. Moden.* cit.
(3) *Stat. Venet.*, *Legge 29 marzo 1491.*
(4) *Stat. Venet.*, *Legge 19 maggio 1637.*
(5) *Stat. Venet.*, *Legge 29 marzo 1491*; *Costit. Piemont.*, v, 2; *Costit. Moden.*, I, 33; *Legge di Cosimo I del 1569* in *Cont.* VII, 158.
(6) *St. Ven.*, IV, 11; *L. 29 marzo 1431* e *L. 27 agosto 1620.*
(7) *Decret. di Clemente VIII del 1596*, Bull., x, 270.
(8) *Stat. Venet.*, IV, 7.
(9) *Leg. Municip. Pistor.*, II, 103.
(10) *Cost. Piemont.*, v, 2, 313; *Cost. Moden.*, II, 33, 13; *Legge toscana del 1747*, § 15; Cf. *Cod. civ. austr.*, § 619; *LL. CC. delle Due Sicilie*, art. 952; *Cod. Parm.*, art. 601.

metteva, andando sempre al primogenito; mancando essa, si passava alla linea più prossima, a quella, cioè, del fratello di lui, e, mancando anche questa, a quella dello zio e così via. Nella stessa linea poi il grado più prossimo escludeva il più remoto, in modo che i figli dell'ultimo possessore escludessero i fratelli di lui, questi gli zii e così di seguito. Nello stesso grado poi i maschi escludevano le donne, e tra i maschi era preferito il primogenito; e questi mancando senza prole, il secondogenito e così via.

Ma, oltre la forma della primogenitura, vi erano anche quelle del maiorascato e del senoriato; e, come si è gia detto, nella prima di queste due forme il fedecommesso si trasmetteva a colui che nel grado più prossimo al possessore aveva l'età maggiore, senza quindi aver riguardo alla linea, e però si guardava prima al grado, poi al sesso, poi all'età. Nella seconda forma, cioè del senoriato, il fedecommesso dall'ultimo possessore passava a colui che apparteneva alla linea discendente del primo possessore e che era più vecchio di età, in modo che non si guardava al grado di parentela coll'ultimo possessore, ma all'età (1).

Ma, come dicevamo, nel determinare la successione si seguiva la volontà dell'istitutore, e dal modo vario con cui questa volontà si determinava si ebbero fedecommessi retti e degenerati, familiari e familiari-lineari; e maioraschi regolari ed irregolari (2).

È d'uopo però osservare che ordinariamente nei fedecommessi, in ispecie nei fedecommessi della nobiltà, le donne venivano escluse, per la considerazione che esse non continuavano la tradizione della famiglia o del casato, cui era vincolato il fedecommesso (3). Però le figlie del possessore avevano diritto ad essere dotate sui frutti del fedecommesso, e nel Piemonte la dote congrua veniva determinata col concorso del Senato (4). E come nella successione dei feudi costituiti secondo il diritto franco ai cadetti si assegnava un appannaggio, così un appannaggio si assegnava ai fratelli esclusi (5).

**197.** Se nel fedecommesso semplice l'acquisto da parte del fedecommissario si verificava di diritto in modo che il passaggio del possesso dall'erede fiduciario a lui avveniva *ipso iure*, tanto più l'acquisto dei fedecommessi a forma di primogenitura, o maiorascato, o senoriato, doveva avvenire di diritto, in quanto fin dal momento della erezione del fedecommesso erasi determinato che l'erede attuale dovesse succedere. E, con altre parole, in forza dell'istituzione, l'erede attuale, appena nato nella linea e nel grado voluto, aveva acquistato un diritto di aspettativa al possesso dei beni formanti oggetto del fedecommesso, diritto che si traduceva in atto alla morte dell'ultimo possessore. Insomma nella successione dei fedecommessi avveniva quello che nella successione del feudo.

D'altra parte è uopo osservare che, essendo ogni possessore nel contempo erede fedecommissario e fiduciario; fedecommissario di fronte al possessore precedente, fiduciario di fronte al suo successore, ne veniva che il possessore acquistasse non altro che il possesso e l'usufrutto dei beni costituiti a fedecommessi. Di qui in lui l'obbligo di trasmettere tali beni intatti al successore, il quale, quindi, mentre non era tenuto a riconoscere le alienazioni e le obbligazioni del predecessore, ed a pagare queste con i beni del fedecommesso, salvo se contratte per la conservazione e pel miglioramento degli stessi, aveva il diritto di pretendere dagli eredi del possessore precedente i danni ed i deterioramenti apportati per colpa o per dolo alle cose formanti oggetti del fedecommesso.

E, ponendo mente al carattere dei fedecommessi, di cui si va trattando, si scorge che, se per alcuni punti essenziali, il feudo ed il fedecommesso si assomigliano, per altri si differenziano, e principalmente perciò che nel feudo, pel complesso dei diritti e poteri che vi erano annessi, si aveva quasi una vera eredità, nel fedecommesso si aveva semplice passaggio di possesso e di usufrutto. Dalla quale differenza si originò l'altra che il figlio del feudatario non potesse nel contempo accettare l'eredità feudale del padre e ripudiarne l'allodiale, mentre il figlio dell'ultimo possessore del fedecommesso potesse rifiutare l'eredità del padre ed accettare il fedecommesso (6).

Ma l'applicazione rigorosa dei principii sopra esposti, insieme agli abusi cui spingeva l'inalienabilità dei beni, oggetto del fedecommesso, era gravida di pericoli e di danni. E fu allora che i giuristi e più particolarmente i pratici escogitarono i mezzi per ovviare agli abusi od ai danni; ed o ammisero che si potessero contrarre obbligazioni su detti beni, od alienarli col consenso dell'autorità, ovvero col consenso di possibili successori viventi; ovvero ricorsero, per cautelare i terzi contro le possibili pretese dei successori avvenire, ad un istituto, che trassero dalla pratica introdotta in altri istituti, e cioè ad un curatore della posterità, il quale consentiva all'alienazione per i successori avvenire, i quali così restassero obbligati (7).

**198.** L'istituto del fedecommesso con l'aspetto acquistato appo noi sotto influenze straniere riusciva funesto a quelle stesse famiglie, pel cui lustro i fedecommessi si istituivano; ai terzi che con i possessori avevano a contrarre; allo Stato, perchè là ove abbondavano i fedecommessi, ivi l'agricoltura deperiva, ivi le industrie ed il commercio, alimentati, specie in Italia, principalmente dall'agricoltura, languivano. E le ragioni di tutto ciò sono evidenti. Il possessore attuale, non avendo la libera disposizione dei beni eretti a fedecommesso, non potendo farvi innovazioni pel timore di deteriorarli, o di impiegarvi del danaro senza utile certo ed immediato, dovendovi costituire su la dote alle sorelle, l'appannaggio ai fratelli, non aveva interesse alcuno di privarsi di utili immediati, per apparecchiare ai suoi successori migliore avvenire. Il suo unico interesse era quello di sfruttare, per quanto più fosse possibile, le cose sottoposte a fedecommesso per trarne l'utile massimo possibile, poco interessandogli di trasmetterle sfruttate a colui che era predestinato a riceverle dopo la sua morte. Da un'altra parte, non essendo le cose stesse alienabili in alcun modo, il possessore, dopo alcune generazioni, trovandole sfruttate, preferiva liquidare, mercè un'obbligazione, una somma tutta in una volta, dalla quale potesse trarre maggiore utile, e di alienare i

(1) Cf. Walter, op. cit., § 473; Beseler, op. cit., § 176.

(2) Cf. gli scrittori citati e Salvioli, op. cit., § 287.

(3) Salza, op. e loc. cit.; Walter, op. cit., § 472; Wilda, op. e loc. cit., pag. 185; cf. *Cod. civ. austr.*, § 626; *LL. CC. delle Due Sicilie*, art. 952; *Cod. parm.*, art. 692.

(4) *Costit. Piemont.*, v, 2, 29.

(5) *Costit. Piemont.*, vi, 3, 2.

(6) Cf. Walter, op. cit., § 474-76; Beseler, op. cit., § 176; Salza, op. e loc. cit.; Pertile, op. e loc. cit. e gli scrittori antichi, quali Torre, Barbatus, De Luca, Capone, ecc.

(7) Cf. gli scrittori citati nella nota precedente e *Cod. civile austr.*, § 629 a 635; *Cod. parm.*, art. 717-722; *LL. CC. delle Due Sicilie*, art. 959, 960.

frutti del fedecommesso anche per tutta la sua vita, o una parte di essi anche perpetuamente (1).

Tutti questi inconvenienti, e l'ingiustizia patente, per la quale uno solo degli eredi dovesse godere di una parte della proprietà di famiglia, fecero sì che i filosofi e gli economisti cominciassero a combattere i fedecommessi ed a chiederne l'abolizione (2). E lo Stato, che soffriva anch'esso da questa istituzione, cominciò dapprima a limitarne gli effetti e l'estensione. In Italia invero, oltre le limitazioni già innanzi osservate, se ne pose una, la quale fu la più benefica, appunto perchè la più importante, in quanto condannava e proibiva la perpetuità dei fedecommessi, e quindi di conseguenza l'inalienabilità perpetua dei beni che ne formavano oggetto.

Primo a porre una simile limitazione fu Carlo Emanuele I pel Piemonte, il quale, con una costituzione del 1598, limitò il vincolo dei fedecommessi, che si andavano nuovamente a costituire, a quattro gradi, o generazioni o passaggi, in modo che gli eredi del quarto possessore ed ultimo gli succedessero nei beni sottoposti a fedecommesso così come negli altri beni liberi. Ma questa legge riguardava i nuovi fedecommessi non i vecchi, e fu allora che Vittorio Amedeo II estese la disposizione di Carlo Emanuele I ai fedecommessi che prima della legge medesima erano stati istituiti (3).

L'esempio del Piemonte fu seguito nel Granducato di Toscana, dove Francesco di Lorena limitò il vincolo dei fedecommessi sì passati che futuri a quattro gradi; e nel Ducato di Modena, dove si emise una medesima costituzione in modo che per i nuovi, i quattro gradi corressero dalla istituzione, per gli antichi dal 12 settembre del 1763, epoca in cui Francesco II emise la prima legge al riguardo. Però tanto nella Toscana quanto nel Ducato di Modena si faceva eccezione per i fedecommessi di famiglie nobili investite di feudi giurisdizionali, e per la Toscana anche per i priorati e le commende di Santo Stefano (4).

Ma coll'andare del tempo, e mano mano che i principii, i quali prepararono la rivoluzione francese, andavano imponendosi e lo spirito di riforme conquise quei principi, che perciò si dissero riformatori, si sentì il bisogno di limitare ancora più l'inalienabilità e la indivisibilità dei fedecommessi. E primo di altri principi Maria Teresa per la Lombardia restrinse i gradi nei quali doveva durare il vincolo del fedecommesso a due solamente (5).

Radicali invece furono le riforme di Pietro Leopoldo per la Toscana, poichè egli, accogliendo quanto gli scrittori avevano detto per combattere l'istituto del fedecommesso, con una legge del 14 marzo 1782 ne preparò l'abolizione, e con legge del 22 febbraio 1789 la compì. Con la prima invero dispose che venissero sciolti quei fedecommessi divisibili, nei quali si fossero avverati i quattro passaggi anche in una parte di essi: con la seconda abolì tutti i fedecommessi esistenti, e proibì la istituzione di altri; che anzi si spinse financo a proibire qualsivoglia sostituzione fedecommissaria (6).

Carlo Emanuele IV infine con editto del 29 luglio 1797 dichiarava nulla qualsivoglia nuova istituzione di fedecommesso, e quanto agli antichi ne limitava il vincolo fino a due gradi compreso il possessore attuale (7).

In Francia, anche prima che appo noi, si cominciarono a porre delle limitazioni alle perpetuità dei fedecommessi. Infatti l'ordinanza di Orléans del 1561 limitò la successione nei fedecommessi a due gradi, non compreso il primo istituito (8); e poichè con questa ordinanza non si era provveduto ai fedecommessi antichi, con quelle di Moulins del 1566 si restrinse la trasmissione a quattro gradi, sempre non compreso il primo istituito (9). Ma l'ordinanza d'Orléans non fu osservata fedelmente, specie in alcuni paesi, e fu allora che nel 1747 un'altra ordinanza ne prescrisse la osservanza, riproducendone le disposizioni (10). A questa regola facevano eccezione i fedecommessi costituiti su feudi di grande importanza (ducati di pari), e fu riservato al re di concedere in linea eccezionale la costituzione di fedecommessi perpetui (11).

Ma l'onda della rivoluzione, come trascinò seco le istituzioni feudali, abbattette anche quella dei fedecommessi sotto qualunque forma. Prima ancora che si fosse pensato a restringere nei limiti già osservati la facoltà di testare, la Convenzione dichiarò sciolti ed aboliti tutti i fedecommessi, e proibì l'istituzione di nuovi, e ciò nel 25 agosto e 14 novembre del 1792 (12). Questa proibizione passò nel Codice civile francese (13).

Come gli eserciti francesi si avanzavano sul suolo italiano a propalare con le armi i principii della rivoluzione, la proibizione dei fedecommessi veniva proclamata, e nel 1798 lo fu nel Piemonte, a Napoli, a Roma, nel 1806 nel Veneto.

Successo alla repubblica l'impero, Napoleone, anche per ingraziarsi la nuova nobiltà che si andava formando intorno a lui, istituì una specie di fedecommessi sotto il nome di majoraschi, i quali potevano essere fondati o dallo stesso imperatore, o da persone che occupavano un dato grado o dati ufficii od onori, sempre col consenso del principe. Essi si trasmettevano per primogenitura, facendo però salva ai cadetti la legittima sui beni eretti a fedecommesso quante volte mancassero altri beni sufficienti a costituirla. Queste norme regolavano i nuovi fedecommessi tanto in Francia (14), quanto nelle provincie italiane occupate dai Napoleonidi, quali Napoli (15), ed il Piemonte (16).

La restaurazione tentò, tanto appo noi, quanto in Francia, di far risorgere i fedecommessi, ma, pur richiamandoli in vita, non potette richiamare quelle disposizioni che erano state modificate prima ancora della rivoluzione. In Francia con una legge del 17-12 maggio del 1826 si permise d'istituire fedecommessi sulla quota disponibile, trasmessibili per primogenitura fino al secondo grado, escluso il primo istituito (17). Ma pochi

(1) Cf. Bianchini, op. cit., 571; Sclopis, op. cit., III, 700.

(2) Cf. le opere del Filangieri, del Poggi, del Sismondi, del Montesquieu; cf. pure Sclopis, op. cit., III, 294.

(3) *Costit. Piemont.*, v, 2, 8. Cf. Duboin, VI, 167, e Carutti, *Carlo Emanuele II*, 260 per la Sardegna.

(4) *Legge toscana del 1747* cit.; *Costit. Moden.*, II, 33, 6, 7.

(5) Cf. Pertile, op. cit., § 132, e nota 42.

(6) Cf. Poggi, *Sistema livellare toscano*, I, 148.

(7) Duboin VI, 528.

(8) *Ordonn. d'Orléans*, art. 59.

(9) *Ordonn. de Moulins*, art. 57.

(10) *Ordonn. du 1747*, tit. I, ch. II, art. 30.

(11) Cf. Pocquet de Sivonnière, *Règles du droit français*, v, 9.

(12) Cf. anche la *Legge del 6 termidoro, anno V.*

(13) Art. 896, 1040, 1121.

(14) *Decreto del 20 marzo 1806; Senato consulto del 14 agosto 1806; Decreti del 1° marzo 1808; del 24 giugno 1808; del 2 febbraio 1809; del 16 marzo 1809; del 4 maggio 1809; del 4 giugno 1809.*

(15) *Legge 21 dicembre 1809* in Capone, II, 31.

(16) *Legge 21 settembre 1808*, Bollettino, p. 300; cf. Coppi, *Annali*, x, I.7, 133.

(17) Duvergier, *Collect. des lois*, XXVI, p. 110.

anni dopo, nel 1835, una legge del 12 maggio proibiva per l'avvenire ogni fedecommesso e limitava quelli già istituiti a due gradi come per la legge del 1826; e finalmente una legge del 30 aprile e 7 maggio del 1849 dispose che i fedecommessi istituiti prima della legge del 1835 potessero essere trasmessi solo ai chiamati i quali fossero nati o concepiti al momento della promulgazione della legge del 1849, in modo che tutti gli altri fossero immediatamente sciolti (1). Così l'abolizione fu definitiva in Francia, dove si applicò e si applica senza alcuna derogazione il Codice civile.

In Italia il Codice austriaco per il Lombardo-Veneto, le Leggi civili pel regno delle Due Sicilie, il Codice parmense pel Ducato di Parma e Piacenza, i motu-proprii pontifici del 6 luglio 1816 e del 10 novembre 1834 per gli Stati del Pontefice, la Legge piemontese del 14 ottobre 1837 pel Piemonte, richiamarono in vita i fedecommessi, con solo alcune limitazioni, come ad esempio la necessità del consenso sovrano, la qualità ed il valore dei beni che ne poteva formare oggetto, l'ordine della trasmissione determinato da tutte le leggi, meno che dal Codice austriaco e dal motu-proprio pontificio del 1834, nella primogenitura (2).

Il Codice sardo, imitando l'esempio del Codice Napoleone, fu il primo in Italia a proclamare l'abolizione dei fedecommessi, e proibirne l'istituzione e questa proibizione fu accolta dal nostro Codice civile. Così anche in Italia l'istituto del fedecommesso è definitivamente cessato per non più rivivere, perchè contrario alla coscienza della civiltà odierna.

### § 6. — *Della Successione contrattuale.*

**199.** Quanto alla successione contrattuale (3) le legislazioni e la pratica giuridica del periodo che forma oggetto di questo capitolo ne offrono quel miscuglio di idee e principii romani e germanici che già si è osservato a proposito della successione legittima e della testamentaria e dell'acquisto dell'eredità.

Ma qui il miscuglio offre una nota caratteristica rilevante, in quanto mentre in alcune legislazioni la donazione a causa di morte ne appare con i caratteri del romano diritto, in altre ha carattere germanico. Ma è notevole come questi caratteri germanici si cercassero riportare ai principii romani e da questi desumere. Ed è appunto per questo sforzo, e nel contempo per questa contorsione dei principii romani che, specialmente nella pratica del tempo, la successione contrattuale piglia forme che potrebbero dirsi nuove, e viene rafforzata con formole, volgarmente dette cautele, e con altri mezzi con i quali, sottilizzando, si cercavano evitare le rigorose conseguenze dei principii del diritto romano e gli ostacoli che da questi principii stessi venivano all'attuazione di quelle specie di successioni contrattuali, che in realtà si risolvevano in tanti patti sulle future eredità dei contraenti. Tutte queste contorsioni e queste cautele venivano accolte dai tribunali dell'epoca e confermate dalla giurisprudenza.

D'altra parte ai giuristi e più ancora ai pratici dell'epoca, ispirantisi quest'ultimi in particolar modo, più che al diritto romano puro, al diritto romano tradotto nelle consuetudini locali, non riusciva difficile trovare un sostrato alle loro dottrine ed alle loro formole nello stesso diritto romano giustinianeo, in quanto questo ammetteva non solamente i patti successorii tra coniugi, ma anche tra estranei, quantunque per eccezione, poichè tali patti erano permessi solamente tra militari. Non era difficile l'estensione di questa disposizione eccezionale in un'epoca, in cui la società pel regime feudale aveva una costituzione militare, e quindi giustificare patti successorii tra coloro che entravano in quelle gradazioni sociali che possono comprendersi sotto la generale denominazione di *milites*. Per altre vie si arrivò poi a generalizzare le successioni contrattuali non derivanti dal diritto romano.

Da una parte invero si ricorse al diritto canonico ed alla teoria da questo sancita che i patti rafforzati da giuramento fossero irrevocabili, e così si arrivò a rendere possibili patti sulle future eredità condannati dal diritto romano, e, quel che è più, a renderli irrevocabili in modo che non si potessero annullare o modificare neppure con un atto di ultima volontà posteriore.

Dall'altra quello spirito di consociazione, che le condizioni del medio-evo menarono necessariamente seco, e che, come tra i militi e cioè tra i nobili, si manifestò non solamente tra gl'industriali ed i mercanti, ma anche tra i lavoratori e prima ancora tra i villani e gli altri addetti alla coltura delle terre, concorse anch'esso a fermare i patti successori. Invero non solo tra individui, ma ancora più tra famiglie si soleva stringere oserei dire una specie di associazione mutua, la quale riguardava anche i beni dei contraenti, beni che addivenivano pressochè comuni, quasi che i contraenti stessi fossero addivenuti fratelli viventi in comunione, e quindi andavano all'uno dei contraenti se l'altro premoriva senza lasciare figli. Che anzi queste associazioni si estendevano anche agli eredi dei primi contraenti.

Ma tutte queste forme di patti successorii e di cautele non incontravano l'approvazione dei romanisti puri, i quali non riconoscevano che le donazioni a causa di morte, e quei patti successorii soltanto che dal diritto romano erano ammessi. Di qui venne una specie di lotta tra la dottrina e la pratica, tra giureconsulti dottrinarii e giureconsulti pratici, i quali nel sostenere la validità dei patti successorii, non solamente cercavano trovarne l'origine nello stesso diritto romano, ma si studiavano giustificarli ciascuno mettendo innanzi la propria teorica, mercè la quale quei patti erano rassomigliati alle donazioni tra vivi, od a convenzioni che nel diritto romano trovavano posto.

Uno degli effetti più caratteristici di questi contrasti ne è offerto specialmente dalla legislazione statutaria. Alla compilazione ed alla revisione degli statuti erano addetti i più celebrati giureconsulti dell'epoca, i quali imbevuti completamente dei principii del diritto romano, respingendo anche la dottrina canonica, proclamarono e fecero inserire nella maggior parte degli statuti il principio che il testatore, si fosse egli obbligato sia con forma di contratto, sia con giuramento, sia in qualsivoglia altro modo, potesse sempre fare un testamento e revocare con questo non solamente un testamento anteriore, ma qualunque altra disposizione da attuarsi dopo la sua morte. Ma, mentre le legislazioni così disponevano, nella pratica i patti successorii avevano vita senza gravi difficoltà, dove una re-

(1) Cf. Laurent, *Princ. de droit civil français*, XIV, § 389.

(2) Cf. Pertile, op. e loc. cit.; Salvioli, op. cit., p. 517.

(3) Beseler, *Die Lehre v. Erbverträgen*, [illegible] 1837-40; Hartmann, *Zur Lehre v. Erbvertragen*, Braunsw. 1860; Erschbach, *Institutions contractuelles* nella *Revue de législation*, XII; Anouilh, *Institutions contractuelles* nella *Revue historique*, 1860; Walter, *D. R. G.*, § 590 seg.; Lessona, *La revocabilità del testamento*, 1886; Pertile, § 121; Salvioli, § 255.

cisa disposizione non era stata pronunziata; dove invece la proibizione indiretta almeno era stata pronunziata, essi si validavano mercè sotterfugii, i quali dessero ai patti stessi l'aspetto o di una donazione tra vivi, o di altra convenzione lecita e permessa.

Uno studio accurato delle varie forme di patti successorii, e più particolarmente delle teorie degli scrittori dell'epoca al riguardo è stato già fatto da valorosi scrittori, ai quali rimando chi fosse vago di maggiormente approfondire l'argomento. A me, per l'indole anche del mio lavoro, è sufficiente aver dato un cenno della dottrina e della legislazione; e nei numeri seguenti, fermandomi più specialmente alla legislazione, andrò brevemente esponendo ciò che ha riguardo alla specie ed alla forma delle successioni contrattuali.

**200.** Per tutti quegli statuti i quali non ammettevano che una persona potesse ligare la sua volontà, per dopo la sua morte, anche sotto forma di contratto, se si escludano i patti nuziali tra marito e moglie, non era ammessa altra forma di disporre, oltre che con un testamento od un codicillo, delle cose sue per dopo la sua morte che la donazione *mortis causa* del diritto romano, la quale era revocabile per sua natura, mentre aveva pure dei punti di contatto con i legati.

Ora fu proprio la teoria romana intorno alla donazione a causa di morte, che venne accolta dalla legislazione statutaria. Invero quanto alla forma, si ritenne che dovesse essere quella della donazione, e solamente per le donazioni a causa di morte richiedevasi un numero maggiore di testimoni (1), numero che poteva venire ridotto in tempo di epidemia (2).

Ed anche quanto alla revocabilità di esse gli statuti accettarono i principii romani, poichè trovo ad esempio detto negli statuti di Verona che tali donazioni come i testamenti ed i codicilli dovevano essere depositati nell'Ufficio di registro, e come i testamenti ed i codicilli potevano essere dal donante ritirate, ed in tal caso dal momento del ritiro esse perdevano ogni efficacia e si avevano per rivocate « deinceps ipso iure non valeat ac pro revocata habeatur » (3). E più esplicitamente si legge nello Statuto di Piacenza « si donatio fiat causa mortis et in istrumento continentur quod ipsa donatio non possit revocari per ingratitudinem vel alio modo, non obstantibus verbis qua nihil volumus operari; et declaramus ipsam donationem esse merae causa mortis, et habere in totum effectum donationis causa mortis et causa revocari prout iura volunt loquentia de donationis causa mortis » (4). In altri statuti invece o non si parla delle donazioni a causa di morte, o se ne fa un semplice cenno, sia per dire che anche le donazioni a causa di morte, come gli altri atti di ultima volontà, dovessero essere regolarmente denunciate (5), o per dire che le donazioni a causa di morte fatte da condannati a morte si avessero valide (6). Questo silenzio degli statuti non può spiegarsi diversamente, che ritenendo volersi essi rimettere al romano diritto. Bastò per molti di essi di aver disposto non potersi la volontà di uno che disponeva in previsione della sua morte ligare con qualsivoglia forma, sia cioè con contratti, sia con giuramento (7), per escludere tutti quei patti successorii irrevocabili, che nella pratica si erano andati ammettendo, e per non lasciar campo che alla donazione a causa di morte del romano diritto.

**201.** Ma il risultato cui arrivarono molti dei nostri statuti fu il risultato degli sforzi dei romanisti puri, i quali non soltanto in Italia, ma ancora in Francia ed in Germania (8) si opposero all'uso delle istituzioni contrattuali formatosi sotto l'influenza del diritto germanico. Di tal che, e prima che gli statuti sancissero la piena revocabilità di ogni donazione a causa di morte, ed in quei luoghi dove non si ebbe una disposizione contraria a simili istituzioni, queste seguitarono ad aver vita, quantunque sempre malvise dai romanisti.

Esse potevano conchiudersi in tre forme, ed erano quindi per ordinario di tre specie. La prima, ed era quella che aveva più il carattere di una donazione a causa di morte, consisteva in una donazione la quale doveva aver effetto dopo la morte del donante, sicchè solo dopo avvenuta questa le cose donate passavano nel patrimonio del donatario. Però, mentre la donazione a causa di morte del diritto romano era revocabile, questa non era tale (9), e solo, come vedrassi, il donante poteva alienare alcuna delle cose donate, purchè non in frode dell'istituito.

La seconda consisteva in un atto di liberalità, con cui il donante trasferiva tutto o parte del suo patrimonio al donatario, ma si riservava il possesso sua vita durante, potendo però in caso di bisogno alienare qualche cosa del patrimonio donato. Anche questa specie di donazione era irrevocabile; che anzi per addimostrare il passaggio definitivo della proprietà al donatario, il donante, che riteneva il possesso, soleva pagare un censo all'erede contrattuale, uso questo predominante in Germania (10).

Con la terza forma finalmente si trasferiva al donatario od erede istituito non solamente la proprietà, ma ancora il possesso del patrimonio, ed il donante si riservava solo gli alimenti od una pensione annua (11).

In Italia, specialmente dopo che i giuristi e le leggi condannarono le istituzioni contrattuali che non corrispondessero a quelle ammesse dal diritto romano, le forme più frequenti furono proprio la seconda e la terza, mercè le quali non solamente trasferivasi la proprietà, ma ancora il possesso, avendosi così una donazione tra vivi. E quante volte il donante si riservava il possesso, nell'atto stesso aveva cura di dichiarare che egli teneva le cose donate come semplice detentore ed in nome del donatario (12). Avevasi così una istituzione contrattuale sotto forma di donazione tra vivi e quindi irrevocabile, quantunque questa donazione non avesse effetto pieno di fatto se non alla morte del donante. Tanto ciò era vero che questi poteva alienare cose del patrimonio donato per atti tra vivi, purchè non perfrodare l'erede contrattuale (13).

**202.** Ma oltre queste forme, che potremmo dire unilaterali, vi erano le bilaterali, le quali si dicevano istitu-

(1) *Stat. Romae*, I, 149.
(2) *Stat. Mediolani*, I, 322.
(3) *Stat. Veronae*, I, 149.
(4) *Stat. Placentiae*, III, 31. Cf. anche *Stat. Bobbii*, II, 57.
(5) *Stat. Ferr.*, XII, 70.
(6) *Stat. Cremae*, fol. 63; *Stat. Veron.*, III, 40.
(7) *Stat. Castri Arquati*, IV, 30; *Stat. Albenga*, p. 226; *Ius mun. Vicent.*, 183; *Stat. Vissi*, II, 29; *Stat. Paduae*, II, 8, 1; *Stat. Cremonae*, 386.

(8) Cf. Beseler, *Die Lehre v. d. Erbverträgen*, II, 118-129; Viollet, op. cit., p. 764-765.
(9) Cf. Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 590.
(10) *Schwabensp.*, 22; *Bayer Landrecht* (1346), 116; *Münch. Stradtr.* (1347), 198.
(11) Cf. Walter, op. e loc. cit.
(12) Cf. Pertile, op. cit., § 121; Codice diplomatico sardo sec. XIII, 363.
(13) *Schwabensp.*, 22; *Cout. d'Aoste*, III, 20, 39.

zioni contrattuali mutue, perchè i due contraenti si istituivano eredi vicendevolmente, in modo che premorendo uno dei due l'altro ereditasse. Di questa specie di istituzioni mutue si trovano esempi in Italia fin dai tempi langobardi (1).

Ma anche questa specie d'istituzioni mutue prende diverso aspetto, secondo i patti che accompagnavano il contratto. Invero o si aveva una semplice istituzione mutua, in forza della quale si pattuiva che, premorendo uno dei contraenti, l'altro gli dovesse succedere (2); forma questa che andò sempre più rendendosi rara dopo che i patti successorii furono o proibiti o resi revocabili.

Ovvero i due contraenti, sotto forma di donazione tra vivi, si trasferivano mutuamente il loro patrimonio, sicchè ciascuno divenisse proprietario irrevocabile del patrimonio dell'altro, ed il possesso che restava a ciascuno dei due del patrimonio proprio appariva quasi una semplice detenzione (3); forma questa che era la più frequente, perchè dava all'atto carattere di irrevocabilità.

Ovvero tra i contraenti si conchiudeva una specie di società universale, alla quale si aggiungeva il patto che, premorendo uno dei due socii, tutto il patrimonio sociale dovesse andare all'altro (4); ed anche questa forma non era infrequente, specialmente in qualche luogo come nell'Auvergne.

Ovvero, e questa forma poco si allontanava dalla precedente, i contraenti conchiudevano fra loro un patto di affratellamento, in forza del quale essi si consideravano come figli dello stesso padre, mettevano in comune i loro beni, vivevano in comunione, e come fratelli dovevansi succedere l'un l'altro, in modo che premorendo uno l'altro restava erede di tutto il patrimonio di lui (5). Questa forma, manifestatasi durante il periodo barbarico, venne sancita da alcune consuetudini, e neppure essa fu infrequente, specialmente tra le classi agricole.

Ma, mentre tutte queste forme riguardavano solamente i due contraenti, coll'andare del tempo, e più specialmente tra le famiglie della nobiltà, se ne introdusse un'altra la quale si estendeva agli eredi dei contraenti. Più che un patto, diciam così, individuale, era un patto di famiglia, in forza del quale si determinava una parentela contrattuale tra le famiglie dei due contraenti, il cui effetto precipuo si era questo: che il patrimonio di ciascuna delle famiglie contraenti si trasmettesse regolarmente, secondo le norme del diritto locale, o secondo le norme della famiglia, ai continuatori di essa; che però, venendo questi a mancare, il patrimonio passasse di diritto dall'ultimo erede e successore nell'altra famiglia (6). Se questa specie di contratto si conchiudeva tra due famiglie investite di feudi e di poteri sovrani, esso comprendeva non solamente i beni burgensatici ma ancora i feudali ed i diritti giurisdizionali e sovrani, tanto vero che le due famiglie facevansi prestare ciascuna il giuramento di fedeltà dai sudditi dell'altra (7). Nè appo noi mancano esempii di simili patti familiari come quello conchiuso tra Alberico ed Ezelino da Romano (8) e l'altro tra i duchi di Milano ed i duchi di Savoia (9). Naturalmente, passato il patrimonio di una delle famiglie nell'altra, esso trasmettevasi in questa con le stesse norme con cui il patrimonio originario della stessa (10).

**203.** Tutte queste diverse forme d'istituzioni contrattuali menarono a disparate teorie tra gli scrittori, alcuni dei quali applicavano a tali istituzioni la dottrina della donazione a causa di morte; altri la dottrina delle donazioni tra vivi; altri, trovando varii elementi in alcune delle forme di tali istituzioni, vi scorgevano una combinazione di un contratto e di un testamento, e creavano così un contratto innominato e speciale, e nel contempo una teoria adatta. Tutte queste dottrine, che si possono riscontrare nei varii scrittori che dell'argomento si sono occupati, e più specialmente nel Beseler, non avevano solamente un interesse scientifico, ma ancora un interesse pratico, in quanto secondo che si accettava l'una piuttosto che l'altra delle varie dottrine, i contratti cui queste si riferivano, avevano effetti giuridici diversi. Nè questi effetti giuridici si limitavano alla validità o meno delle istituzioni contrattuali, ma, il che era più importante, ancora alla permanenza della donazione se il donatario premoriva al donante; alla revocabilità della stessa in caso d'ingratitudine; ovvero alla revocabilità della medesima in caso di sopravvenienza di figli.

Ed intorno a questi tre ultimi punti gli scrittori espressero opinioni disparate.

Quanto alla revocabilità delle istituzioni per la premorienza dell'erede istituito il disposto della legislazione franca (11) influì a fare generalmente ritenere, col concorso dell'influenza della legislazione romana, che le cose donate non si trasmettessero all'erede dell'istituito, ma ritornassero nella piena potestà del donante (12). Naturalmente questa norma non poteva invocarsi nelle istituzioni contrattuali mutue.

Quanto alla revocabilità delle istituzioni per causa di ingratitudine, gli scrittori non furono e non potettero mettersi d'accordo, poichè alcuni, ispirandosi ai principii romani, proclamavano e sostenevano la revocabilità; altri invece, fondandosi sulla natura del contratto così come essi l'avevano concepita, specialmente per le istituzioni mutue, non vi scorgevano gli estremi per ammettere la revocabilità (13). Tra le formole ve n'è una la quale espressamente esclude la revocabilità per ingratitudine (14), e tra i documenti anche uno che contiene la medesima clausola di irrevocabilità (15). Ora questi due documenti potrebbero invocarsi, come fa il Pertile (16), per sostenere che la revocabilità per ingratitudine fosse la regola, donde la necessità di espressamente pattuire il contrario, e potrebbero invocarsi, come a me sembra più opportuno, per sostenere che nella pratica avesse predominio la teoria della irrevocabilità.

(1) Troya *Cod. diplom. long.*, v, 791.
(2) Troya, op. e loc. cit.
(3) Verci, *Ecelino*, 103.
(4) Cout. d'Auvergne, tit. 15.
(5) Cout. d'Aoste, III, 20, 13; *Memorie lucch.*, IV, 83.
(6) Neap *Arch. Monum.*, 422.
(7) Beseler, op. cit., I, 226 seg.; III, 90 seg.
(8) Verci. *Ecel.*, 103.
(9) [illegible]rio, *Frammenti*, 307.
(10) Beseler, op. cit., I, 238.
(11) *Leg. lang. Caroli M.*, 106.
(12) Formola riportata da Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 593; Beseler, II, 305.
(13) Cf. Walter, *Deutsche Privatrecht*, §§ 430-33; Beseler, II 246-313.
(14) Riportata da Walter, *D. P. R.*, § 428.
(15) Verci, *Ecel.*, 103.
(16) Op. e loc. cit., nota 20.

Meno controverso, ma sempre controverso fu l'altro punto se cioè simili istituzioni contrattuali fossero revocabili per sopravvenienza di figli (1), e pare che predominasse la teoria della revocabilità, come potrebbe rilevarsi non solo da qualche consuetudine (2), ma anche dai documenti (3).

Quanto poi alla facoltà che aveva il donante di disporre delle cose donate in caso di bisogno e senza intenzione di frodare l'erede contrattuale, si è già visto innanzi come le stesse consuetudini e leggi la riconoscessero e confermassero (4).

**204.** Più frequenti degli altri, appunto perchè trovavano un riscontro nel diritto romano, e non erano perciò combattuti dai romanisti, si furono i patti successorii fra i coniugi, i quali, come già si è visto innanzi, non solo furono accolti dalla consuetudine nel periodo barbarico, ma sanciti dalle leggi germaniche, secondo le quali essi potevano essere consacrati tanto nel contratto matrimoniale, quanto anche in un contratto posteriore (5).

Così questi patti successorii tra coniugi potevano essere unilaterali o bilaterali, nel senso che o uno solo dei coniugi donava all'altro qualche cosa del suo patrimonio in caso di sopravvenienza; ovvero gli sposi scambievolmente si nominavano eredi in parte od in tutto il patrimonio, in modo che premorendo l'uno, l'altro avesse diritto a ciò che in quei patti gli era stato assegnato. Il patto inoltre poteva aver riguardo tanto all'usufrutto quanto alla proprietà, ovvero poteva determinare che il coniuge superstite si avesse le cose donate in proprietà od in usufrutto, secondo che fossero mancati, o pur no figli.

Questi patti successorii tra coniugi, che per ordinario solevansi racchiudere nel contratto nuziale, furono riconosciuti ed ammessi dagli statuti e dalle altre legislazioni, salvo alcune limitazioni, miranti sia a tutelare i diritti dei figli di un matrimonio anteriore, sia a tutelare anche i diritti dell'agnazione, cose queste di cui non è qui il caso di discorrere, avuto riguardo all'indole ed ai limiti di questo lavoro. Ricorderò solo che alcuni statuti ammettono questi patti con una disposizione generale, decretando che gli sposi potessero stabilire patti speciali, purchè non contrarii al buon costume ed allo scopo del matrimonio, nè ledessero i diritti dei coniugi stessi, e dei figli di un precedente matrimonio (6).

Con questi patti non solamente i coniugi determinavano i loro diritti scambievoli, in caso di premorienza di uno di loro, ma potevano anche assegnare parte o tutta la loro sostanza a favore di terze persone, specialmente dei figli. Un esempio di questa specie di patti successorii, si riscontra nel diritto feudale. Ai nobili non era dato contrarre matrimonio con donne di condizione inferiore, e solo in linea eccezionale fu dato al vedovo di unirsi ad una donna non della sua condizione, avendosi così un matrimonio di disparaggio, od anche *ad morganaticam*, quantunque quest'ultima denominazione si riferisse anche e più al matrimonio contratto tra persone della medesima condizione, con patti speciali. Ora i figli di questo matrimonio non potevano mai succedere nei beni feudali del padre; e nei beni proprii o burgunsalici succedevano, solo mancando figli del precedente matrimonio. Di qui si introdusse l'uso che colui, il quale contraeva un simile matrimonio, provvedesse nel contratto matrimoniale alla condizione dei figli nascituri e della moglie che gli fosse sopravvissuta, sicchè anche nella coesistenza di figli di un precedente matrimonio di lui, i nati dal secondo avessero sui beni allodiali quella parte che egli aveva loro assegnata (7).

Nei contratti matrimoniali inoltre solevano intervenire gli ascendenti degli sposi od anche altri, parenti o estranei, sia per assegnare la dote, sia per fare donazioni allo sposo. Or bene potevano benissimo costoro donare per dopo la loro morte ad uno o ad ambo i coniugi, ovvero ad uno od a più dei figli nascituri parte o tutto del loro patrimonio. Ed allora si aveva che il donante restava nel possesso dei beni donati, e poteva anche disporne per atti tra vivi, purchè non a titolo gratuito o in frode del donatario o dei donatarii, ed alla sua morte il patrimonio o la quota di patrimonio donata si acquistava di diritto dai donatarii.

**205.** Altra specie di patti successorii si riscontra nelle rinunzie ad eredità future, delle quali già si è discorso innanzi. Qui farò notare solamente, che come si poteva nominare erede contrattuale un nascituro, così ancora queste rinunzie non ligavano solamente le persone che le pronunziavano, ma ancora i discendenti da loro, e si è visto come, a che tali rinunzie avessero effetto anche per i discendenti, si ricorresse a formole sottili dette cautele, tra le quali celebre la *cautela di Maranta*, della quale si è anche innanzi discorso.

**206.** La lotta che i romanisti fecero a quei patti successorii, i quali non corrispondevano a quelli ammessi dal diritto romano doveva finire col trionfo definitivo dei romanisti stessi, i quali trovarono un forte ausilio nelle dottrine, che produssero la rivoluzione francese. Se le esagerazioni di queste dottrine menarono alla quasi completa distruzione della facoltà di testare, tanto più lo spirito della rivoluzione doveva colpire i patti sopra future eredità. E per vero il decreto del 7 marzo 1793 abolì ogni specie di istituzioni contrattuali in linea diretta, ed il decreto del 17 nevoso dell'anno secondo, dando ad una generale proibizione effetti retroattivi dichiarò nulle tutte le istituzioni, il cui donante fosse ancora in vita, o, se morto, fosse deceduto dopo il 14 luglio del 1789. Però la retroattività di questo decreto, menando a conseguenze lamentate, fu tolta con altro decreto del 9 fruttidoro dell'anno terzo. Il Codice civile francese mantenne l'abolizione, facendo solamente eccezione per i patti successorii tra i coniugi, che avevano in Francia una lunga tradizione, e non erano stati riprovati dai romanisti.

Il Codice italiano però, applicando rigorosamente il principio che ogni patto sulle future eredità sia vietato, non ha fatto alcuna eccezione, e quindi appo noi oggi nessun patto successorio anche tra coniugi è permesso.

Prof. FEDERICO CICCAGLIONE
*dell'Università di Napoli.*

(1) Cf. Walter e Beseler, cit.
(2) *Cout. d'Aoste*, III, 20, 41; *Cout. d'Auvergne*, XV, 4.
(3) Troya, op. cit., V, 791.
(4) *Schwabensp.*, 22; *Cout. d'Aoste*, III, 20, 39.
(5) *L. Ribuar.*, 49; *Lex Baiuw.*, 14, 9, 3; *Form. Marculf.*, I, 12; II, 7, 8; *Form. Sirmond.*, 17, 18; *Form. Lindebr.*, 50; *Form. Andeg.*, 40.
(6) *Stat. Gaietae*, III, 11; *Stat. Bon.*, 112; cf. *Statutenbuch v. 1572*, fol. 70 a tergo.
(7) *L. Feud.*, II, 23.

# SUCCESSIONI (DIRITTO CIVILE ITALIANO)

### BIBLIOGRAFIA.

**DIRITTO ROMANO.** Per la più antica letteratura vedi Rosshirt, *Einleitung in das Erbrecht*, pag. 485-583. Landsheit, 1831. — Glück, *Commentar*, XXXIII, pag. 312-320. — De Ayllon Laynez, *Additiones ad varias resolutiones* Antonii Gomesii, *Add. ad caput* I. *De hereditatibus, quae ab intestato*, etc. *Add. ad caput* II. *De successione universali ex testamento*. Napoli, 1718. — Per la letteratura odierna Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, II, pag. 3, 4, 1876. — Conf. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, III, pag. 1 e seg., n. *. — De Crescenzio in *Digesto*, pag. 1. — Per lo sviluppo storico del diritto successorio in Roma vedi Gravina, *Originum iuris civilis libri tres*, tom. I, pag. 111-114. Napoli, 1722. — Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, §§ 105-116, 211-228, 354-361, 428 (traduzione italiana. Napoli, 1857). — Walter, *Geschichte des Röm. Rechts* (vol. II, 3ª ed., 1860) (traduzione italiana. Torino, 1851, vol. II, §§ 596-632). — Danz, *Lehr. der Geschichte des Röm. Rechts*, §§ 138-158 (1ª ed., 1840-1841, 2ª ed, 1871-1873). — Ihering, *Geist des Römischen Rechts*, vol. I, 4ª ed., p. 140-150. — Esmarch, *Röm. Rechtsgeschichte*, 2ª ed., 1877-1880, §§ 59-64. — Puchta, *Kursus der Institutionen*, 9ª ed., curata da Krüger, 1881 (traduzione italiana, Napoli, 1854, Milano, 1858, §§ 333-326). — Gans, *Erbrecht in weltgeschichtlichen Entwickelung*, 1824-1826, vol. II, *Das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor-und nach römischen* (traduzione italiana di questo volume. Napoli, 1851). — Hölder, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Erbrechts*, 1881. — Voigt, *Die XII Tafeln*, II, 1883, §§ 104-109. — Per la serie delle leggi riguardanti il diritto di successione vedi Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, 1857-1859. — Trattazione storica e filosofica del diritto romano di successione in Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte*, vol. II, 2ª ediz., 1880. — Raffronti tra il diritto romano ed il diritto greco Leist, *Graeco-Italische Rechtsgeschichte*, 1884, p. 70-102. — Lavori italiani moderni: Padelletti, *Storia del diritto romano*. Firenze, 1878, capi XV, XVI, XLI, LIX (2ª edizione con note di Cogliolo. Firenze, 1886). — Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, 1889, §§ 75-76. — Carle, *Le origini del diritto romano*. Torino, 1888, p. 542-553. — Diritto romano-greco: Ciccaglione, in *Digesto*, p. 271-280. — Conf. Brandileone, *Il diritto bizantino nell'Italia meridionale*, p. 71-74. Bologna, 1866. — Calisse, *Il diritto di Teodosio in Italia*, p. 35 e seguenti. Macerata, 1888.

**DIRITTO TEDESCO.** Per la speciale letteratura del diritto tedesco di successione vedi Gerber, *System des Deutschen Privatrechts*. 15ª edizione, 1886, §§ 248, p. 1. — Conf. Ciccaglione in *Digesto*, p. 208. — Per la generale letteratura dei trattati, nei quali si trova anche l'esposizione del diritto ereditario, vedi Gerber, op. cit., § 26, Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 1º vol., 2ª ed., 1882, § 16. — Ne riferisco qui alcuni, indicando i luoghi dove il diritto successorio è trattato: Heinecius, *Elementa iuris germanici*, lib. II, §§ 140-313. — Mittermaier, *Gründsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, vol. II, 1847, §§ 432-471. — Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, vol. II, 1853, §§ 149-164 (3ª edizione, 1873). — Walter, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1855, §§ 396-443. — Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. V. Erbrecht, 1885. Gerber, op. cit., §§ 248-275. — Behrend, *Das Deutsche Privatrecht* in Holtzendorff, *Encyclopädie*, 4ª edizione, 1882, §§ 78-88. — Storia del diritto successorio nei lavori di storia generale del diritto tedesco: Eichorn, *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, I, §§ 65, 66, 202, 203, II, §§ 373-375, III, §§ 454-456, IV, §§ 571-572, 4ª ediz., 1834-1836. — Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. II, 2ª ediz., §§ 575-599, 1857. — Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 4ª edizione, 1871-1872, §§ 112-122. Codici tedeschi moderni: Codice prussiano sotto il nome di *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794. Il diritto successorio è trattato in varie parti del sistema: I, 2, §§ 33-35. 9, § 350 e segg., 12, § 1 e segg.; II, 1, §§ 438, 500, 621-633, 638-664, 893-908; II, 2, §§ 271, 272, 300-302, 348-377, 489-499, 519, 520, 579-589, 647-671, 681, 691 691, 701, 702, 720, 737-746, 761, 762; II, 3, §§ 31-52 (vedi Introduzione, n. 2). — Letteratura: Dernburg, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, vol. III. Halle, 1884, p. 272-724. Förster, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preussischen Privatrechts*, vol. IV, Berlin, 1874, p. 1-368. Quest'opera eccellente ha avute 5 edizioni, e due sono state curate da Eccius dopo la morte dell'autore. L'Eccius stesso, che già nella 4ª edizione ne presentava una indipendente elaborazione, ora ne pubblica una nuova col titolo *Preussisches Privatrecht auf der Grundlage des* D.r Franz Förster *bearbeitet* von Eccius, vol. IV. Berlin, 1893. — Koch, *Das Preussische Erbrecht*. Berlin, 1866. — Gruchot, *Preussisches Erbrecht*, 1865-67. — Codice austriaco del 1811 Letteratura: Füger von Rechtborn, *Das Erbrecht nach dem Oesterreich. a. b. Gesetzbuche*, 1860. — Unger, *Das österreichische Erbrecht*, 2ª edizione, 1871 (IV volume del sistema. Opera magistrale sul diritto ereditario). — Pfaff und Hoffmann, *Commentar zum österreich. allg. bürg. Gesetzbuche*, vol. II, p. 1 e segg. Vienna, 1877. Degli stessi autori *Excurse über österrei. allg. burg. Recht.*, vol. II. Vienna, 1878. — Krainz, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2 volumi. Vienna, 1885-1889. Opera pubblicata dopo la morte dell'autore da Pfaff, *Diritto ereditario*, vol. II, parte 1ª, p. 373-443, parte 2ª, p. 369-435. — Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, 4 volumi, 1812-1813. (Traduzione italiana. Venezia, 1815, *Diritto ereditario*, vol. II. Opera importante, poichè lo Zeiller fu principale redattore del Codice). — Winiwarter, *Das österr. bürgerl. Recht*, 5 volumi, 1831-1838 (tradotto in italiano. Venezia, 1839, *Diritto ereditario*, parte 3ª). — Lavori italiani sul codice austriaco: Castelli, *Il codice civile generale austriaco; Diritto ereditario*, vol. II, p. 456 e seguenti, III, p. 5-306. Milano, 1831. — Mattei, *I paragrafi del codice civile austriaco; Diritto ereditario*, vol. III. Venezia, 1853. — Per una più completa letteratura sul codice austriaco vedi Pfaff und Hoffmann, *Com.*, I, p. 50 e seguenti; *Excurse*, I, p. 86 e segg. — Codice sassone del 1868, *Diritto ereditario*, §§ 1999-2620: Letteratura in Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, I, p. 117. — In ispecie pel diritto ereditario vedi Grützmann, *Lehr. d. Kö. Sächlischen Privatrechts*, vol. II Leipzig, 1859, p. 271 e segg. — Codice del Granducato di Baden

(*Das Badische Landrecht*), traduzione con qualche modificazione del codice francese; *Diritto ereditario*, art. 718 e segg. Vedi Hachenburg, *Das Badische Landrecht annotirt nach der Rechtssprechung der Deutschen Gerichte*. Mannheim, 1887, e per la letteratura Zachariae, I, § 13. — Progetto di codice civile per l'impero tedesco, compilato da una Commissione nominata dal Consiglio federale. Prima lettura. Edizione ufficiale. Berlino e Lipsia, 1888. *Diritto ereditario*, §§ 1749-2164. — Come uno degli importanti precedenti in rapporto al diritto ereditario del progetto è da ricordare Mommsen F., *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, 1876. — Il diritto ereditario nel progetto della commissione è redatto da von Schmitt, consigliere di ministero in Baviera (vedi Vierhaus, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches fur das D. Reich*. Berlin, 1888, p. 69). Esposizione del sistema del progetto nei *Motive zu dem Entwurfes eines B. G. fur das D. Reich*. Edizione ufficiale. Berlino e Lipsia, 1888, p. 1-711. La pubblicazione del progetto ha dato occasione ad una ricca letteratura critica. Cito qui alcuni lavori che riferisconsi al diritto di successione: Baron, *Das Erbrecht in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich* (*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 35, p. 177-280. Friburgo, 1889). — Ubbelohde, *Kritische Beiträge zum Civilgesetzentwurf* (p. 42-67 *Archiv*, ecc., vol. citato). — Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch, und das deutsche Recht*. Leipzig, 1889. *Diritto ereditario*, p. 505-566. — Otto Fischer, *Recht und Rechtsschutz* (in Bekker e Fischer, *Beiträge zur Erlauterung und Beurtheilung des Entwurf eines b. Gesetzb. f. d. deutsch. Reich*, VI parte. Berlino, 1889, p. 59-64). — Petersen, *Die Berufung zur Erbschaft und die letzwilligen Verfügungen überhaut nach dem Entw. eines bür. Gesetzbuches* (in Bekker e Fischer, *Beiträge*, ecc., parte 16ª, Berlino, 1889). — Eck, *Die Stellung des Erben in d. Entw. eines bürg. Gesetzb.* (nei già citati *Beiträge*, ecc., parte 17ª. Berlino, 1890). — Menger, *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volkklassen*. Tübingen, 1890, p. 139-151. — Leske, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das d. R. und das Preuss. Allg. Landrecht*. Leipzig, 1889, p. 155-189. — Brevi accenni sul diritto di successione nel progetto in Polacco, *Il diritto romano nel recente progetto di Codice civile germanico*, p. 23. Padova, 1890; Manenti, *Sul progetto di Codice civile germanico* (*Archivio giuridico*, fasc. 3 e 4, anno 1888).

Diritto francese. Anteriore alla codificazione: Fonti: Paesi di diritto scritto: Diritto romano; per le successioni intestate specialmente Nov. 118. Paesi di diritto non scritto: Le consuetudini varie delle città francesi in ispecie *Consuetudine di Parigi*. Ordinanze reali, riguardanti specialmente i testamenti e le sostituzioni. Per le collezioni del diritto consuetudinario vedi Zachariae, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 6ª edizione, edita da Puchelt, vol. I. Heidelberga, 1875, p. 175. In generale per la letteratura dell'antico diritto francese vedi lo stesso autore, p 123-129. — Si consulti specialmente Loisel, *Institutes coutumières:* di questa opera si hanno molte edizioni, l'ultima è del 1848. — Letteratura speciale del diritto di successione: Lebrun, *Traité des successions*. Parigi, 1725. — Pothier, *Traité des successions, de donations testamentaires et entre-vifs* (vol. IV, p. 379-594, delle sue opere. Bruxelles, 1870). — Domat, *Les Lois civiles*, vol. I. Paris, 1777. *Diritto di successione*, p. 505-834. — Legislazione del tempo della rivoluzione: Legge del 15 marzo 1790, 8 aprile 1791, 18 vendemmiale a. II, 15 brumale a. II, 17 nevoso a. II, 23 ventoso a. II, 9 fruttidoro a. II, decreto del 12 piovoso a. VI, Legge del 4 germinale a. VII. — Letteratura in Zachariae v. e l. citati. — Diritto francese vigente: Fonti: Codice civile art. 718-930, 967-1100; Codice di procedura civile art. 907-1002. Le leggi speciali, che hanno modificato il Codice in singole disposizioni, saranno ricordate agli opportuni luoghi. Per la sua speciale importanza ricordo qui la legge del 9 marzo 1891, relativa alla successione del coniuge superstite. Nozioni storiche sulla redazione del Codice: Aubry e Rau, *Corso di diritto civile*, §§ 24-26 (traduzione italiana del Landucci. Torino, 1890). Esposizione dei motivi; collezioni varie, o. c., § 26, note 6 e 7. La più diffusa è Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*. Parigi, 1827-32, volumi 31. (Di questi motivi si ha una traduzione italiana col titolo: *Motivi, rapporti e discussioni che si fecero al corpo legislativo francese per la formazione del Codice Napoleone*, vol. 10. Milano, 1805-1807. *Diritto di successione*, vol. V). — Letteratura: vedi in Zachariae, o. c., vol. IV, p. 3. Riferisco qui taluni dei principali lavori speciali: Chabot, *Commentaire sur la loi des successions*, 6ª edizione. Parigi, 1831. — Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, 3ª edizione, 1872 (traduzione italiana. Napoli, 1855, 1856). — Hureaux, *Traité du droit de succession*, 5 volumi. Parigi, 1868. — Lavori generali sul diritto civile francese: Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du C. C au Conseil d'état* (tradotto in italiano ed annotato dal Ricchi: edizione in 12 volumi. Milano, 1805-1809. *Diritto di successione*, vol. V e VI. Nel tempo stesso fu tradotto ed annotato dal Nani, professore di diritto a Pavia, l'opera del Gin, *Analisi ragionata del diritto civile francese*, in 8 volumi. Milano, 1805-1808. *Diritto di successione*, volumi VII e VIII. Si ha anche una traduzione del Bernardi, *Corso di diritto civile francese*. Milano, 1806. *Diritto di successione*, vol. III e IV). — Toullier, *Le droit civil français*, 6ª edizione, continuata ed annotata da Duvergier, 1846-1848 (traduzione italiana in 10 volumi. Napoli, 1857-1867. *Diritto di successione*, vol. II, p. 252 e segg.; III, p. 1-276). — Duranton, *Cours de droit français suivant le C. C.*, 4ª edizione, 1844 (traduzione italiana in 12 volumi pel prof. P. Liberatore, 1841-1845. Pregevoli sono le addizioni, note ed osservazioni del traduttore sul diritto napoletano. *Diritto di successione*, vol. II, p. 271-444; III, p. 1-413). Demante, *Cours analitique de Code civil*, vol. 5, 1849-67 (*Successioni*, volume III). — Marcadé, *Eléments de droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du Code civil*, 1841 e seguenti (3ª edizione, curata da P. Pont, 1873-75. *Succ.*, art. 718-930, 907-1002, traduzione italiana. Napoli, 1872). — Demolombe, *Cours de Code civil*. *Diritto di successione*, vol. XIII-XVII. Parigi, 1870, 1871. Zachariae, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 6ª edizione, curata da Puchett. Heidelberg, 1875. *Diritto di successione*, vol. IV, p. 1-456. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4ª edizione, 1869. *Successioni*, vol. VI. (Vi ha una traduzione italiana del Muzii in tre volumi. Napoli, 1857, 1858. Ora di questa eccellente opera ha intrapresa la traduzione il Landucci, aggiungendovi un *Trattato parallelo di diritto civile italiano*. Torino, 1890). Laurent, *Principes de droit civil*, vol. VIII, p. 551-668; XV. Bruxelles-Paris, 1873-1875. — Un'altra eccellente opera è quella di Arntz, *Cours de droit civil français*, 2ª edizione. Bruxelles, 1879, 1880. *Successioni*, vol. II. Pregevolissima è la breve esposizione del diritto successorio in Stabel, *Institutionen des Französischen Civilrechts*, 2ª ediz., Mannheim, 1883, p. 133-327. — Repertorii ed enciclopedie vedi in Zachariae, o. c., I, p. 150. Qui cito: Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence v. héritiers, testament, etc.* (5ª ed., 1827-1828). - Dalloz, *Jurisprudence générale* o *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence v. héritiers, etc.* (nuova edizione, 1846-49). — Storia del diritto francese: vedi in Zachariae, o. c., vol. I, p. 106-107. — Conf. Viollet, *Précis de l'Histoire du droit français*. Paris, 1886. *Diritto successorio*, p. 701-702, con la speciale bibliografia. — Tardif, *Histoire des sources du droit français*. Paris, 1890.

Legislazione svizzera. Sul diritto ereditario della Svizzera, contenuto o in leggi speciali o nei varii Codici, improntati o al tipo austriaco o al francese, ovvero al più moderno Codice del Cantone di Zurigo (a. 1853-1855), redatto specialmente dal Bluntschli, vedi Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*. Basel, 1888, vol. II. Specialmente sul Codice di Zurigo, del quale un nuovo testo per porlo in accordo con

la legge federale sulle obbligazioni fu pubblicato nel 1887, vedi il *Commento* di Schneider, lib. V. Zurigo, 1888, p. 3-128. — Pei codici che rannodansi al Codice francese Rossel, *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, Bale-Genève-Lyon. — Per una più completa letteratura sui Codici svizzeri vedi Huber, o. c., vol. I, p. 11-26; Amiaud, *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe, de l'Amérique, etc.* Paris, 1884, p. 140-149.

LEGISLAZIONE PORTOGHESE e SPAGNUOLA. *Codigo civil Portoguez* del 1867. *Diritto di successione*, art. 1735-2166. Letteratura in Amiaud, o. c., p. 127. — *Code civil espagnol* del 1889 (traduzione di A. Levé. Parigi, 1890). *Diritto di successione*, art. 657-1087. (Conf. la introduzione del Levé premessa alla traduzione).

DIRITTO RUSSO. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, vol. I, p. 48 e segg.; vol. II, p. 1 e segg. Paris, 1887-1890.

LEGISLAZIONE AMERICANA. Pei varii codici americani vedi Amiaud, o. c. Qui cito taluni dei più recenti che ho potuto riscontrare: *Codice civile del Bas-Canadà* del 1865 (vedi Lefebvre de Bellefeuille. Montreal, 1889). *Diritto ereditario*, articoli 596-981. — *Codigo civil de la Republica Argentina* del 1869. *Diritto ereditario*, art. 3279-3814. — *Codigo civil national de los Estados Unidos de Colombia* del 1874. *Diritto di successione*, articoli 1068-1442.

DIRITTO ITALIANO. Lavori storici generali: Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. IV. *Storia del diritto privato. Diritto ereditario*, §§ 120-132. Padova, 1874. — Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, vol. II, parte 1ª, capo V. Torino, 1863. — Pacifici Mazzoni, *Studio storico sulla successione legittima*. Modena, 1870. — Salvioli, *Storia del diritto italiano*, p. 450-472. Torino, 1890. — Calisse, *Storia del diritto italiano*, vol. III, p. 157-184. Firenze 1891. — Ciccaglione, *Delle successioni nel diritto intermedio*, in *Digesto*, pagine 268-382.

Diritto particolare degli ex-Stati italiani, STATO PONTIFICIO: Fonti: Diritto romano e canonico; *Statutum urbis*, a. 1588, e Statuti della Provincia romana; Regolamento legislativo e giudiziario di Gregorio XVI del 10 novembre 1834. Diritto di successione, §§ 9-49. Letteratura: Card. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, vol. IX, XI. Napoli, 1758. — Ferraris, *Bibliotheca canonica, iuridica*, etc. v. *Successio ab intestato, testamentum*, etc. Napoli, 1778-1791. — Gravina, *Institutiones iuris civilis receptioris*, libri IV. *Diritto di successione*, lib. II, lib. IX-XXI. Macerata, 1832. — Rocchetti, *Delle leggi romane abrogate, inusitate e corrette nello Stato pontificio ed altre nazioni secondo l'ordine delle Istituzioni imperiali. Diritto successorio*, p. 202-346. Fano, 1844; idem, *Secondo l'ordine delle Pandette, Diritto di successione*, parte V, p. 1-186, VI, p. 5-175. Fano, 1847. — — REGNO DELLE DUE SICILIE. Diritto di successione anteriore alla codificazione: Fonti: Diritto romano, *Constitutiones Regni Siciliae* (1231), lib. III, tit. XXIV-XXVIII. Napoli, 1773. *Consuetudines neapolitanae*. Secondo il Giannone (*Storia del Regno di Napoli*, tom. III, p. 162. Haia, 1753), la più antica edizione è del 1518, io ne posseggo una del 1546. — Consuetudini delle città di Sicilia: Todaro Agostino ed Antonio, *Raccolta degli statuti municipali italiani*. Palermo, 1887. — Letteratura: Glosse e commentarii sulle Constitutiones Regni Siciliae nell'edizione citata del 1773. Riferisco qui taluni dei più celebri autori che si trovano in un elenco nella stessa edizione: Marinus de Caramanico (le note di questo giurista sarebbero state miste a quelle di un più antico scrittore, cioè di Andrea de Barulo, nel 1269 consigliere di Carlo I. Vedi Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, vol. V, 1850, p. 416) — Andreas de Isernia † 1316?; Bartolomeus de Capua † 1328?; Lucas de Penna (addottorato nel 1345); Mattheus de Afflictis † 1528, ecc. — Glosse e commentarii sulle Consuetudines neapolitanae: le più antiche sono quelle di Sebastiano da Napoli detto il Napodano († 1362): *Consuetudines neapolitanae cum glossis excellentissimi do. Neapolitani Sebastiani Neapolitani* con le note di altri giureconsulti e di Scipione Januario. Napoli, 1546. — Grossi, *De successionibus ab intestato ad interpretationem consuetudinum neapolitanarum singulorumque Napodani glossematum, annotationes*, ecc. Napoli, 1678. — Trattati: Bottilerius, *De successionibus ab intestato*, 2ª ediz. Roma, 1680. — Marta, *Summa successionis legalis*. Venezia, 1681. (Il Marta fu professore nella Università di Pavia: il trattato contiene in massima parte il diritto comune, ma non mancano riferimenti allo speciale diritto napoletano). — Conf. inoltre negli opportuni luoghi De Marinis, *Resolutiones iuris, cum additionibus* Leonardi Roderii, Caroli Ant. De Luca, Caroli de Alexio, et Franc. Reverterii, vol. 3. Venezia, 1731; dello stesso *Iuris Allegationes insignium iurisconsultorum Urbis Regiae Neapolis*. Venezia, 1731. — Note e commenti sulle decisioni del Sacro Regio Consiglio: De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Concilii Neapolitani, cum additionibus* Thomae Grammatici, Caesaris Ursilli, Angeli Pisanelli. Venezia, 1612. — De Franchis, *Decisiones S. R. Consilii Neapolitani cum additionibus et observationibus* Horatii Visconti, Flavii Amendolae, do. Aloysii Riccii, do. Mariae Navarrii, Caroli Ant. De Luca, etc., vol. 4. Venezia, 1720. — Esposizioni compendiose e sistematiche del diritto successorio napoletano si hanno negli eccellenti libri del Rapolla, *Commentaria de iure Regni Neapolitani*, tom. III, p. 97-146. — Figherius, *Institutiones iuris Neapolitani*, vol. II, p. 267-931. Napoli, 1782. — Lavori storici: Grimaldi, *Istoria delle leggi e dei magistrati del Regno di Napoli. Diritto successorio delle costituzioni*, vol. II. Napoli, 1749, p. 233-272. *Delle consuetudini*, vol. III. Napoli, 1750, p. 16, 171. — Abignente, *Il diritto successorio nelle provincie napoletane dal 500 al 1800*. Napoli, 1881. — Fonti del diritto successorio napoletano dopo la codificazione: Legge sulle successioni del 26 gennaio 1816; Codice per lo Regno delle due Sicilie, parte I. Leggi civili, art. 638-854, 892-1054, parte III. Leggi della procedura nei giudizi civili, art. 984-1078. — Letteratura: Magliano e Carrillo, *Commentarii alle leggi civili*. Napoli, 1819. — Liberatore P., *Osservazioni per servire di commento alle leggi civili*. Napoli, 1830. — Miraglia Giuseppe, *Le leggi civili per lo Regno delle due Sicilie*. Napoli, 1846. — Cangiano, *Lezioni di diritto positivo*. Napoli, 1842. — — STATI SARDI. Diritto di successione anteriore alla codificazione: Fonti: Diritto romano e canonico; *Carta de logu* (legge territoriale), a. 1395, per la Sardegna; Regie costituzioni promulgate da Amedeo II, 1723, 1729; Costituzioni promulgate da Carlo Emanuele III, a. 1770. — Letteratura: Mameli Gio. Maria, *Le costituzioni di Eleonora giudicessa di Arborea*. Roma, 1805. — Faber A., *Codex definitionum forensium in Senatu Sabaudiae tractatarum* o *Codex Fabrianus*, Lugd., 1610. — Richeri, *Universa iuris civilis et criminalis iurisprudentia*, vol. III. Venezia, 1841. Il diritto di successione è trattato nel tomo II, p. 6-928. Specialmente del diritto di successione secondo le Regie costituzioni, p. 874 e segg. — Dopo la codificazione: Fonti: *Leggi civili e criminali nel Regno di Sardegna raccolte e pubblicate per opera di S. M. il Re Carlo Felice*, 1817; *Codice civile albertino*, 1837. *Diritto di successione*, art. 693-1120; *Codice di procedura*, art. 1038-1102. — Letteratura: Pastore, *Commento al Codice civile per gli Stati Sardi di S. M. il Re di Sardegna. Diritto di successione*, vol. V-IX. Torino, 1840-1843. — Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª edizione. Napoli, 1848, p. 147-218. — Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, vol. 2, 2ª edizione. Torino, 1861. — — TOSCANA. Fonti: Diritto romano e canonico; Statuti; Legge sulle successioni intestate del 18 agosto 1814; Legge sulla patria potestà, ecc., i testamenti, i codicilli e la porzione legittima del 15 novembre 1814. — Letteratura: Forti, *Disposizioni per ultima volontà*, volume III delle sue opere inedite. Firenze, 1864. — — DUCATO DI PARMA. Fonti: *Codice civile del 1820*, art. 603-1067. — — DUCATO DI MODENA. Fonti: Statuto di Modena, a. 1327; Costituzioni modenesi del 1771, lib. II, tit. 34; Codice estense del 1871, art. 675-1130.

DIRITTO ITALIANO VIGENTE. Fonti: Codice civile, art. 720-1096; Codice di procedura civile, art. 847-901; Decreto 30 novembre 1865 (disposizioni transitorie), art. 22-26; Decreto 27 novembre

1870 per la pubblicazione dei codici, leggi, ecc., nella provincia di Roma art. 2; Legge 28 giugno 1871 per la stessa, relativa ai fedecommessi, maggioraschi, ecc., art. 1-4. – Lavori preparatorii: Progetto di revisione del Codice Albertino (Cassinis), 1860; Progetto di Codice civile pel Regno d'Italia (Cassinis), 1861; Progetto Miglietti, 1862; Progetto Pisanelli, 1863; Relazioni ministeriali e parlamentari relative al Codice civile; Discussioni parlamentari; Processi verbali della commissione di coordinamento. (Di questi lavori nel 1886 il ministero di grazia e giustizia intraprese una 2ª ediz. ufficiale, Roma, tip. D Ripamonti: sinora sono pubblicati VII volumi, l'ultimo nel 1892; pregevole è anche l'edizione curata da Gianzana. Torino, 1887). — Letteratura: Buniva, *Delle successioni legittime e testamentarie*, Torino, 1870. — Pacifici-Mazzoni, *Successioni*, vol. I-VII. Firenze, 1873-1877. — Fulci A., *Delle successioni legittime e testamentarie*, vol. 3. Messina, 1880. – Paoli B., *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*. Genova, 1875. - Losana, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*. Torino, 1884; *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*. Torino, 1888. — Vitale, *Delle successioni testamentarie e legittime*, vol. I. Napoli, 1891. — Lavori generali, nei quali trattasi del diritto di successione: Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, vol. VI, 3ª edizione. Firenze, 1880. — Borsari, *Commento al Codice civile*, volume III, p. 1. Torino, 1874. — Ricci, *Corso di diritto civile*, vol. III. Torino, 1878. — Cattaneo e Borda, *Il Codice civile annotato*, p. 543-709. Torino, 1873. – Mattei, *Il Codice civile nei singoli articoli*, vol. III. Venezia, 1873. — Galdi, *Commentario del Codice civile*, vol. VIII e segg. Napoli, 1879-83. — Bellavite, *Note di diritto civile*. Padova, 1873, p. 277-376. — Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. III. Napoli, 1884, p. 18-260; *Nozioni elementari di diritto civile italiano*. Napoli, 1888, p. 243-344. – Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*. Torino, 1889, vol. II, p. 338-457. – Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3ª edizione. Firenze, 1889, p. 324-341. - Bolaffio, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*. Verona, 1882, p. 106-132. — Cimbali Enrico, *La nuova fase del diritto civile*. Torino, 1885, p. 203-311. — Trattati su speciali istituti del diritto successorio (qui ne riferisco soltanto alcuni che per l'ampiezza della trattazione e per la natura dell'istituto, che ne è l'obietto, toccano anche i principii fondamentali del diritto ereditario; altri lavori saranno ricordati nella letteratura speciale dei singoli istituti): Melucci, *Trattato teorico-pratico delle collazioni ed imputazioni*, 2 volumi. Torino, 1880. – Vitali, *La forma nel testamento italiano*, 3 volumi, 1882-1884. — Verallí, *Limiti legali della libertà di testare*. Napoli, 1881. — Il diritto di successione nei rapporti della retroattività della legge: Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. III. Torino, 1886, p. 233-520. — Diritto controverso: Chironi, *Questioni di diritto civile*. Torino, 1890, pagine 310-449. – Repertorii: Pacifici-Mazzoni, *Repertorio generale di giurisprudenza civile, penale, commerciale ed amministrativa del Regno dal 1866 al 1875*, 3 volumi. Torino, 1876-1879, v. *Eredità, Legati;* supplemento per cura di Coen, dal 1876 al 1880, volumi 2. Torino, 1880-1884, voci Legati, Successioni; *Foro Italiano*. Repertorio annuale di giurisprudenza, bibliografia e legislazione, volumi 16, dal 1876 al 1891, voci Legato, Successione, Testamento.

# PARTE GENERALE

## § 1. — *Concetto dell'eredità.*

1. Nesso con l'introduzione. — 2. Eredità e legato. — 3. Concetto romanista dell'eredità. — 4. Concetto tedesco. — 5. Ipotesi sulla formazione del concetto romanista. — 6. Accettazione di questo concetto nei Codici moderni. — 7. Ragione. — 8. Natura del diritto di eredità. Opinioni varie. — 9. Diritti intrasmissibili agli eredi. — 10. Eredi *pro parte*. — 11. Confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede.

**1.** I significati varii della parola successione così nel diritto romano, come nel diritto civile odierno, sono già stati indicati nella introduzione (1). Il sistema delle istituzioni di Gaio e di Giustiniano, che ordinarono il diritto successorio, collegandolo ai modi di acquisto, fu accettato dal Codice francese, e, come si è visto, fu trasfuso nei Codici italiani preesistenti, e quindi nel Codice vigente (2). Io ho già notato come questo sistema, che dal punto di vista teoretico apparisce difettoso, non toglie la libertà scientifica di ordinare al proprio posto il diritto di successione in un sistema generale di diritto, secondo la natura intrinseca di esso, ed il carattere positivo dato da una legislazione (3). Ora qui debbonsi completare talune nozioni già date, prima di venire alla esposizione dei principii generali delle successioni, secondo il diritto vigente italiano.

**2.** Il concetto di una successione universale e di una successione particolare a causa di morte, già dato dal diritto romano, si ha nel diritto vigente. La prima è l'eredità (*hereditas*), la seconda è il legato (4). La prima è un modo di acquisto universale, anzi è l'unico modo di acquisto universale (5). Dei legati qui non occorre parlare più specialmente. Ma la natura del diritto di eredità non è dato dalla semplice considerazione che esso è un modo di acquisto universale, e che come tale è trattato dal Codice; ed è necessario determinare il concetto dell'eredità siccome una *successio in universum ius defuncti*.

**3.** L'eredità, secondo il concetto del diritto romano, come *successio in universum ius defuncti*, si ha nella totalità dei rapporti patrimoniali, che dalla persona del defunto si trasferiscono alla persona del successore universale (erede) (6). L'eredità è *res incorporalis* (7); è l'unità dei rapporti patrimoniali, avvivati ed organati dal legame intimo tra la persona del defunto, che ha cessato di operare nel mondo delle relazioni giuridiche (l'*auctor successionis*), e colui che lo sostituisce, che prende il suo posto, ed è il suo successore (*successor*). L'eredità rappresenta il più perfetto sviluppo del concetto del patrimonio, nel quale in

(1) Vedi Introduzione, I, n. 1.

(2) Introduzione, l. c., n. 8.

(3) Introduzione, l. c., n. 9.

(4) Introduzione, l. c., n. 8. Conf. De Crescenzio, *Delle successioni in diritto romano*, Dig. n. 1-6.

(5) Altri modi di acquisto universale nel diritto romano. Gai, I, § 9. Le differenze con l'*hereditas* in De Crescenzio, l. c., num. 4.

(6) L. 24, D. *De V. S.*, I, 16. Gaius, *Nihil est aliud* hereditas *quam successio in universum ius quod defunctus habuit;* L. 62, *De reg. iur.* Iulianus, *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit;* L. 17, 8, *De a. v. o. hereditate*, 29, 2; Pomponius, *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum dominum succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.* Conf. L. 11, D. *De div. temp.* 44, 3, e le leggi citate nella nota 1, p. seguente.

(7) L. 1, § 1, D. *De Div. rer.*, 1, 8.

questo rapporto non si hanno soltanto diritti, ma obblighi; non solo proprietà di cose, diritti reali, crediti, ma debiti; cosicchè non pure l'attivo, ma anche il passivo si comprende nell'*hereditas*. E secondo il linguaggio dei giuristi romani essa è un *nomen iuris;* cioè rappresenta un concetto giuridico, che è indipendente dal suo materiale contenuto (1). L'*hereditas* si ha non pure quando per l'ammontare dell'attivo essa riesca vantaggiosa all'erede (*hereditas lucrativa*) (2), ma anche quando pel sopravvanzare del passivo è per lui dannosa (*damnosa hereditas*) (3). Infine l'*hereditas* è indipendente dal cangiamento delle sue parti; e quindi in essa ha applicazione la regola *pretium succedit in locum rei* (4).

**4.** Ma questo concetto dell'eredità non è logicamente l'unico possibile, e storicamente ad esso si contrappone il concetto tedesco. Secondo l'opinione comunemente accettata, nel diritto germanico più antico non si ha la concezione di una successione nella totalità dei rapporti del defunto. L'unità, data nei rapporti patrimoniali dalla persona come subietto di diritto, sciogliesi con la morte; cosicchè la successione avviene nelle singole cose e nei singoli diritti del defunto; ed i debiti appariscono come un peso dell'eredità. E mentre nel diritto romano l'eredità si presenta come una unità, e la massa dell'attivo e del passivo è unica, cosicchè la successione è veramente universale, nel diritto tedesco il complesso dei beni del defunto può scindersi in diverse parti, e diversa è p. es. la successione nei beni ereditari, e quella nei beni acquistati (5).

**5.** La concezione del diritto romano è più profonda, ma anche più artificiosa e tecnica. In conseguenza sembra che il concetto tedesco sia stato il concetto primitivo della successione; ed è probabile che anche nel primitivo diritto romano non si avesse il concetto dell'eredità, come è stato di sopra esposto (n. 3). Quanto alla formazione storica di questo concetto, assai soddisfacente a me sembra l'opinione del Pernice, il quale ritenendo che nel diritto romano più antico non s'avesse il concetto dell'eredità, come una successione universale, segna i successivi passi che il pensiero giuridico romano ebbe a fare per giungere a quella concezione (6). Il concetto dell'eredità secondo il diritto romano presuppone lo sviluppo dell'economia capitalistica e monetaria; e presuppone sviluppata l'idea del patrimonio (7), ed il procedimento esecutivo sui beni per la soddisfazione dei debiti (8). La garentia reale dei creditori sui beni del debitore dovè essere un impulso alla formazione del concetto tecnico dell'eredità. Finchè domina il procedimento puramente personale della *manus iniectio*, non si ha ragione per concepire l'eredità come insieme di attivo e di passivo; ma bene la si trova quando all'antica procedura si sostituisce la più recente sui beni. Ed a ragione osserva il Bekker, che i riguardi alle esigenze del credito e la sicurezza dei creditori hanno dovuto esercitare una preponderante influenza nello sviluppo del diritto ereditario (9).

**6.** Nel contrasto tra il concetto romano dell'eredità e quello tedesco prevalse storicamente il primo. Il concetto dell'eredità e della successione universale si è trasfuso nei codici moderni. L'accettò il codice prussiano del 1794, sebbene con qualche modificazione (10). Nel codice austriaco si ha anche più schiettamente il concetto romanista (11).

---

(1) L. 50, D. *De her. pet*, 5, 3. Papinianus, *Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*. L. 119, D. *De verb. sig.*, 50, 16. Pomponius, *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est, sicuti bonorum possessio*. L. 208, D. *De verb sig.* Africanus, *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac ius successionis et non singulas res demonstrat;* L. 3, pr. *de b. p.*, 37, 1; Ulpianus, *Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.*

(2) Come nel caso della L. 2, § 1. *Si quis omissa causa testamenti* 29, 4.

(3) Vedi L. 119, *De verb. sig.*, e L. 3 pr. *De bon. poss.* citate sopra nota 1.

(4) L. 22, D. *De her. pet.*, 5, 3; Paulus... *nam in oratione divi Hadriani ita est: « Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum ». Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est.*

(5) Conf. Stobbe, *Deut. Privatrecht*, V, § 278; Gerber, *Deut. Privatrecht*, § 248; Bruns, *Das heutige Rom. Recht in* Holtzendorff *Encyc.*, § 95. — In contrario Heusler, *Inst. d. deutsch. Privatrecht*, vol. II, p. 132, il quale sostiene che secondo il diritto tedesco l'eredità è una successione universale nel senso che il titolo di acquisto è universale, in contrapposto del titolo di acquisto singolare; benchè nel diritto tedesco vi fossero speciali successioni. Altro, egli dice, è il concetto della successione a titolo *universale* e *particolare*, altro quello di una *successione generale* e *speciale*.

(6) Pernice, *M. Antistius Labeo*, I, p. 323. Opinano invece che la successione universale fosse originaria nel diritto romano: Scialoia V., *Bollettino dell'istituto di diritto romano*, vol. III, p. 176, 1890; Bonfante, *L'origine dell'*hereditas *e dei* legata, *Bollettino* ecc., IV, p. 97 e segg., 1891. Il primo in una breve comunicazione rannoda la massima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* al primitivo organamento della famiglia. Il Bonfante, riferendo nel suo scritto un brano delle lezioni dello Scialoia, ci dà il modo di intenderne anche meglio il pensiero; e lo segue nei concetti fondamentali, spiegando la primitiva *hereditas* nel diritto romano, come conseguenza del concetto politico della famiglia, ed affermando che la *successione originaria è più che altro successione nella sovranità.*

(7) Pernice, l. c.

(8) Christiansen, *Die Wissenschaft der Röm. Rechtsgeschichte im Grundrisse*, vol. I. Altona, 1838, p. 191, nota. In contrario Danz, *R. Rechtsgeschichte*, § 138.

(9) Bekker, *Syst. des heut. Pandektenrechts.* Weimar, 1886, p. 132-141.

(10) Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, vol. II, §§ 97, 98. Conf. sop Introduzione, n. 2.

(11) Conf. sop. Introduzione n. 3. Vedi Pfaff und Hoffmann, *Com. zum. Oest. allg. bürg Gesetzbuche*, vol. II, 1ª parte, n. 8; Unger, *Das Oester. Erbrecht*, §§ 1, 2. Il Codice sassone ha anche esso delle definizioni: § 2000: « Il patrimonio di un defunto, che nella sua totalità passa ad un altro, è l'eredità. L'eredità comprende i diritti e le obbligazioni del defunto ». Conf. §§ 2001, 2002. Quanto ai codici svizzeri, che contengono definizioni teoretiche del diritto ereditario, vedi Huber, *Schweiz. Privatrecht*,

**E tale concetto si ha anche nel Codice francese (1); sebbene anche in esso siavi qualche traccia del diritto tedesco; così una distinzione dei patrimoni si ha nella riversione legale (2). I codici italiani preesistenti seguono il Codice francese, ma specialmente il codice di Parma del 1820 e quello sardo del 1837 segnano in più di un punto il ritorno al diritto romano (3). Ed un nuovo passo ha fatto il Codice italiano. In questo non vi è alcuna traccia di scissione del patrimonio del defunto in parti diverse. Nel sistema successorio del nostro codice non si ha riguardo ad origine dei beni; non vi ha riversione legale. L'eredità è come nel diritto romano un tutto complesso di diritti e di obblighi: è una unità giuridica, un *nomen iuris* (4).**

**7. Se ora si domanda, perchè il concetto romanista dell'eredità ha ottenuto un così universale trionfo, e le legislazioni moderne ad esso si tengono ferme, non parrà sufficiente la sola ragione della tradizione storica. Senza dubbio il concetto dell'*hereditas* non è un concetto metafisico, è nato per esigenze pratiche, ed è dato dallo sviluppo storico (5); ma vi ha in esso una interna ragione, per la quale conserva quella potenzialità di soddisfare le esigenze pratiche, per quanto siano mutate le condizioni del tempo odierno. E certamente la successione universale nella totalità dei rapporti patrimoniali del defunto non pure rende piena sicurezza ai creditori (6), in quanto i beni e prima e dopo la morte sono la garentia per la soddisfazione dei debiti; ma accresce anche il credito personale. Imperciocchè, malgrado l'impulso dell'interesse che domina il mondo moderno, v'ha pure il sentimento della solidarietà della famiglia, che spinge talvolta anche ad accettare eredità gravose. Dall'organizzazione della successione universale in cotal modo, mentre si facilita la soddisfazione dei diritti dei creditori, si dà un impulso ad ogni forma di credito. E l'esigenza del credito, che storicamente è stato l'impulso per la formazione del concetto dell'eredità, come successione universale, ora è la maggior forza per conservarne l'esistenza.**

**8. A spiegare la natura del diritto di eredità si hanno diversi concetti. Un antico concetto considera l'*hereditas* come un *ius in re* (7). Questo concetto fu accettato testualmente dal codice austriaco (8). E mentre l'Unger lo dichiara insufficiente (9), Pfaff ed Hoffmann lo difendono, concependo una specie di *dominium hereditatis*, come l'appartenenza ad una persona del patrimonio del defunto (10). Assai diffusa è poi l'opinione che nella successione universale s'abbia l'unità della persona tra il defunto ed il successore, e che questi abbia la rappresentanza dello stesso (11). È questa anzi l'opinione comune degli scrit-**

---

vol. II, n. 8. In generale sulla successione universale p. 9. Codice civile spagnuolo del 1889; traduzione di Levé, a. 659: « La succession comprend tous les biens, droit, et obligations d'une personne, qui ne sont pas éteints par sa mort ». Conf. a. 660, 661. — Progetto di Codice civile tedesco, § 749: « Con la morte di una persona il patrimonio di lui come tutto (eredità) passa ad una persona o a più ».

(1) Zachariae, IV, § 588, Aubry e Rau, VI, § 589, Stabel, § 72, Arntz, II, n. 2 e segg.

(2) Art. 351, 352, 747, 766 Codice francese.

(3) Conf. Introduzione, n. 7.

(4) Conf. Introduzione, n. 8.

(5) Windscheid, *Pand.*, III, § 578, n. 2.

(6) Trendelenburg, *Naturrecht*, § 145 — Quinctil. *Declam.* 273: *Patrimonii in alium transituri ea ratio est, ut primum credito satisfiat.*

(7) Woet, *Com. ad Pand.*, Lib. V, Tit. II, n. 1; Huberus, *Praelectiones, Inst.* Lib. II, Tit. I, n. 11, Tit. II, n. 3; Heinecius, *Elementa iuris civilis*, § 251. Conf. anche Kant, *Met. Anfangsg. d. Rechtslehre*, I, 2, II, § 34.

(8) *Cod. Austriaco*, § 308: « I diritti reali sulle cose sono: il diritto di possesso, di proprietà, di pegno, di servitù e di eredità ». § 532: « Il diritto esclusivo di prendere il possesso dell'intero asse ereditario o di una parte di esso in relazione al tutto (per es. della metà di un terzo) si chiama diritto di eredità. Questo è un diritto reale ed operativo contro chiunque voglia arrogarsi l'asse ereditario. Quegli che ha diritto all'eredità chiamasi erede; e l'asse ereditario in rapporto a lui si chiama eredità ».

(9) Unger, *Oesterrei. Erbrecht.*, § 2, n. 12.

(10) Pfaff und Hoffmann, *Com.*, vol. II, Part. I, p. 6, 7. Del resto anche l'Unger dice che l'erede, come successore universale, è il *signore del patrimonio ereditario*. Unger, o. c., § 2. Lo Zeiller, *Comm. al Cod. austriaco*, trad. ital., vol. II, Parte II, p. 3, n. 2, dice: « Il diritto di eredità, subito che sia perfettamente acquistato, è una *proprietà generale* di tutto l'asse ereditario ». Che nel diritto romano fosse apparsa l'analogia tra l'*hereditas* ed il *dominium* è dimostrato dai passi riferiti da Pfaff ed Hoffmann e da Unger. Festus v. *heres*: *Heres apud antiquos pro domino ponebatur*, § 7. Inst. *de hered. qual.*, 2, 19: *pro herede enim gerere est pro* domino *gerere: veteres enim heredes pro* dominis *appellabantur*. Conf. L. 48, pr. D. *De her. inst*, 28, 5, etc. Già nella Glossa di Accursio questa analogia è rilevata. Vedi *Glossa ad Inst. pr. de her. inst.*, 2, 14: Heredes instituere, *quasi dicat dominos intus in bonis suis facere, nam heres idest dominus: ut infra de heredum qualitate et differentia, § fi., ibi, pro herede. Item ideo dixi intus, quia ita subintrat heres in dominium rerum defuncti, ac si eadem persona esset: ut in Authent. de iuretur. a morient.* § 1, Col. V. Conf. *Glossa ad Inst.*, § 7, *De her. qual.*, 2, 19.

(11) Nel Codice austriaco al § 547 è detto espressamente che l'erede rappresenta il defunto, e che il defunto e l'erede si considerano come una sola persona. L'Unger osserva che queste sono espressioni figurate, e che nelle fonti del diritto romano non è mai usata la parola *repraesentare* per designare la natura della successione ereditaria. Unger, o. c., § 2, n. 8. Quanto al considerarsi il defunto e l'erede come una sola persona, si ha un passo del diritto giustinianeo: Nov. 48, *praef... cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et eius qui in eum transmittit hereditatem*. L'Unger con ragione fa rilevare il *quodammodo* (in certo modo), o. e l. citati, n. 9. A questo concetto però sembra siansi tenuti i glossatori. Conf. Glossa citata in precedente nota. Azone (Com. in Lib. II, Cod. Tit. LIII, n. 11) dice: *Cum enim eadem persona heres et defunctus censeatur*. Ma i glossatori ciò considerarono come una *fictio*. Glossa di Accursio alle parole già citate della Nov. 48: *Non unam fingi personam testatoris et heredis*. — Rolandinus Passagerius, *Summa artis notariae*, cap. 8, considera l'unità della persona del defunto e dell'erede come un portato della *iuris interpretatio*, riferendosi anche al concetto che l'*heres* è un *dominus*: *Est autem heredem instituere aliquem post mortem suam loco sui in omnibus bonis suis dominum instituere. Nam dicitur heres ab hero, idest domino. Unde heres est qui succedit in universa bona defuncti: et ad heredem commoda et incommoda hereditaria reddunt. Nam* interpretatione iuris *una et eadem persona videtur esse heredis et defuncti*. I posteriori giuristi discussero se è lo stesso *dominium* che passa dal defunto all'erede: Angelus a Gambilionibus de Aretio, *Lectura in IV Lib. Institutionum*, L. II, Tit. 14, n. 3: *Quaero, an idem dominium, quod erat penes defunctum, dicatur trans-*

tori di diritto civile in Francia ed in Italia (1). Sonvi d'altra parte scrittori che considerano nell'eredità la continuazione della personalità del defunto, o della personalità patrimoniale, o della personalità economica (2). Finalmente secondo altri giuristi il concetto semplice dell'eredità, come successione universale, sta nel passaggio della totalità dei rapporti patrimoniali dal defunto nell'erede. È questo, secondo il Bruns, il concetto realistico dell'eredità, che è dato anche dalla definizione romana: *Nihil aliud est hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit* (3). Ma mentre il Bruns, combattendo la teoria della rappresentanza, della continuazione della personalità, nota che queste espressioni contengono una pura metafora (4); Pfaff ed Hoffmann dal loro canto osservano che è una metafora anche il dire che il successore subentra *al posto* del defunto (5). Il fondo della critica al concetto della rappresentanza e della continuazione della personalità del defunto è giusto. Non vi ha rappresentanza della persona del defunto nel senso tecnico della rappresentanza. La persona dell'*auctor successionis* non è più: il suo patrimonio è passato all'erede, che ha sullo stesso gli stessi diritti e gli stessi obblighi che quegli aveva. Non vi ha vera continuazione della personalità del defunto secondo il concetto del Puchta, nè continuazione della persônalità patrimoniale o economica: cessando con la morte ogni diritto della persona, la personalità si estingue anch'essa, e quel che resta è il patrimonio, che passa all'erede. Tuttavia, ammesso che a rigore non vi è nè rappresentanza, nè continuazione di personalità, io non credo che quelle espressioni siano del tutto inadatte ad esprimere il concetto fondamentale, che è nella successione universale, nell'*hereditas*, cioè che la persona, a cui passa il patrimonio del defunto nella sua totalità, come un complesso di rapporti patrimoniali, di obblighi e di diritti, di attivo e di passivo, e che è l'erede, acquista quei diritti ed assume quegli obblighi in guisa che essi non patiscono cangiamento per la sostituzione di una persona ad un'altra, pel succedere dell'erede al defunto. Quanto al rinnovellato concetto dell'eredità come una specie di proprietà generale, di un *ius in re*, in quanto designa l'appartenenza di un patrimonio, non è certamente a sconoscere l'allargato concetto della proprietà nel diritto moderno, nè le analogie, che come nel diritto romano, così si hanno anche oggi, specialmente in rapporto delle azioni e del processo (6). Ma il concetto di appartenenza, a mio parere, non basta per la definizione della proprietà, ed astraendo dal contenuto dei diritti, esso non indica altro che il riferirsi di un diritto ad un subietto.

In conclusione a me pare che veramente il concetto dell'eredità, come successione universale, sia dato in una maniera altrettanto semplice per quanto chiara dal Bruns, considerandone l'essenza nel passaggio del patrimonio del defunto all'erede. E tale concetto a me sembra perfettamente adatto a spiegare la natura delle relazioni ereditarie secondo il Codice civile italiano. L'insieme dei rapporti patrimoniali (diritti ed obbligazioni) *passa* dalla persona del defunto a quella dell'erede. E tale è l'espressione, che il Codice vigente usa a designare la trasmissione del possesso all'erede. Art. 925: " Il possesso dei

---

*latum in heredem. Pet. et Jaco. dicunt quod non, quia mors omnia solvit, sed fingitur idem, sicut heres fingitur eadem persona cum defuncto, ut in Auth. de iureiur. a mort. praest. Sed Raph. in l. si quis vi § differentia ff. de acqu. pos. videtur tenere contrarium, quia idem dominium quod est in tradente, est in capiente.* Lo Schneidewin (Oinotomus) nel suo *Com. ad Inst.* Lib. II, Tit. XIV, n. 4, dice: *Est igitur heres idem quod dominus. Unde etiam* iurisdictione *una et eadem persona heredis et defuncti esse censetur.* Ed il Gothofredo in una sua nota a questo passo: iurisdictione, *aliud enim re propter mortem, quae omnia solvit.* — Quanto al concetto della rappresentanza del defunto da parte dell'erede, vedi tra gli scrittori più antichi Gomesius, *Res. iuris.*, Tom. I, cap. I, n. 9; Marta, *Summa successionis legalis*, Tom. II, p. IV, quae. 26, art. IV, n. 4, Venezia 1681; Card. De Luca, *Theatrum veritatis*, Tom. VIII, Lib. IX, P. II. *Summa de Herede* etc. n. 33. Napoli, 1758, *Il dottor volgare*, Tom. II, Lib. IX, Cap. I, n. 9. Colonia 1755; S. Cocceius, *Dissert. Proem.* XII, § 278; Wolfius, *Jus naturae*, P. VII, § 964. Fra i romanisti moderni conf. Wening-Ingenheim, *Lehr. d. Gem. Civilrechts*, vol. III, § 426. Monaco, 1838; Sintenis, *Das pract. gem. Civilrecht*, vol. III, § 158. Lipsia, 1851; Marezoll, *Ist. di diritto romano*, § 193 (trad. ital. di Polignani. Napoli, 1868); Scheurl, *Institutionen*, § 183, 6ª ed. Erlangen. 1873; Salkoswki, *Inst. des Röm. Privatrechts*, 3ª ed., § 153. Lipsia, 1883; Arndts, *Pand.*, § 464 (trad. italiana del prof Serafini); Dernburg, *Pand.*, vol. III, § 55. Berlino, 1887; De Crescenzio, *Sistema del diritto civile romano*, vol. II, § 214, 2ª ed. Napoli, 1869, ed in Digesto, *Successione*, diritto romano, § 1.

(1) Riscontra Treilhard, Bigot-Préameneu nei *Motivi del Codice francese* (vol. V, trad. ital.). Vedi inoltre Toullier, Lib. III, Tit. I, n. 65 (trad. ital., vol. II); Duranton, Lib. III, Tit. I, n. 11 (trad. ital., vol. III); Aubry e Rau, VI, § 615; Zachariae, IV, § 615; Stabel, *Inst.*, § 72 ecc. — Fra gli scrittori italiani vedi Pacifici, *Succ.*, I, n. 5, *Ist.*, 3ª ed., vol. VI, n. 3; Chironi, *Ist.*, vol. II, § 437; Gianturco, *Ist.*, § 96, ecc.

(2) Conf. Puchta, *Pand.*, §§ 446, 447; Keller, *Pand.*, § 456 ecc. — In molti scrittori di diritto romano francese ed italiano, già citati nelle due precedenti note, è detto insieme che l'erede *continua la personalità del defunto e lo rappresenta*. Il Pisanelli nella sua Relazione, parlando del passaggio di diritto del possesso dal defunto agli eredi, disse che questo sistema *risponde meglio al concetto della continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi che lo rappresentano* (Vedi in Gianzana, I, p. 81). Al concetto della rappresentanza del defunto da parte degli eredi si accenna anche in altri punti della Relazione, così al § 1 (Vedi Gianzana, l. c., p. 57).

(3) Bruns, *Das heut. Röm. Recht* in Holtzendorff, *Encyc.*, § 95.

(4) Bruns, l. c. Conf. Unger, § 2, n. 7-9.

(5) Unger, o. c., § 2; Brinz, *Pand.*, § 56. Vedi Pfaff und Hoffmann, o. e l. citati, p. 6.

(6) Nelle fonti del diritto romano la *hereditatis petitio* è trattata come una *vindicatio hereditatis*, L. 8, D. *De her. pet.*, 5, 3. In Gaio nella *Legis Actio Sacramenti* sono ricordati i due casi di *actio in rem*, la rivindica di una *singula res* e dell'*hereditas*. Gai, IV, 17. Conf. Keller, *Il processo civile romano*, § 15 (traduzione italiana di Filomusi-Guelfi. Napoli, 1872); Bethmann-Hollweg, *Der Röm. Civilprocess*, vol. I, § 41. Bonn, 1864; Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, vol. II, p. 130. Leipzig, 1859. Analoga doveva essere la *formula petitoria*, sia che si trattasse di una singola cosa (*fundus cornelianus*), sia di una eredità (*hereditas L. Titii*). Conf. Keller, o. c., § 28; Bethmann-Hollweg, o. c., vol. II, § 91. Bonn, 1865; Rudorff, o. c., pag. 137. — Per Woigt ciò non è pura analogia, poichè egli sostiene che il diritto ereditario fosse considerato già nelle XII tavole come uno speciale *ius in re*. Woigt, *Die XII Tafeln*, vol. II, § 105. Leipzig, 1883.

beni del defunto *passa* di diritto nella persona dell'erede „. Io ritengo, e lo si vedrà in seguito, che nel sistema del Codice italiano si acquisti *ipso iure* il carattere di erede, e che in conseguenza si acquisti di diritto proprietà e possesso, e si assumano le obbligazioni ereditarie, salvo il diritto di rinuncia e salvo le modificazioni che derivano dal beneficio dell'inventario. Ma di ciò in seguito più particolarmente. In ogni modo, generalizzando secondo questo concetto la frase usata dal nostro Codice nell'articolo 925, può dirsi con espressione perfettamente conforme allo spirito della nostra legislazione ed alla natura della successione universale, che in questa il patrimonio del defunto, come un tutto, un *nomen iuris*, una totalità di rapporti, *passa* nella persona dell'erede.

**9.** All'erede passano tutti i diritti e tutti gli obblighi del defunto riferentisi al patrimonio, meno i diritti e gli obblighi strettamente personali (i così detti *diritti personalissimi*). Così nel diritto romano come nel diritto odierno non si trasmettono all'erede il diritto di usufrutto, e le altre servitù personali (uso, abitazione) (1). Non trasmettesi il diritto agli alimenti, nè la relativa obbligazione (2). In generale non si trasmettono tutti quei diritti e tutti quegli obblighi, che ligansi strettamente alla vita di una data persona, e che con essa si estinguono (per esempio: locazione di opere, società, mandato) (3).

**10.** Se più sono gli eredi chiamati alla eredità per parti o quote, tutti succedono nell'universalità dei rapporti patrimoniali del defunto. Si costituisce così una comunione ereditaria. Ciascun erede è *successor in universum ius defuncti*, ma soltanto *pro parte* (4). Nella successione intestata la quota o parte è stabilita dalla legge; in quella testamentaria è assegnata dal testatore, ed in mancanza se più eredi sono chiamati alla eredità, o in una quota parte di essa (secondo il diritto moderno), essi s'intendono istituiti a parti eguali (5).

**11.** Acquistata l'eredità, si confonde il patrimonio del defunto con quello dell'erede. Questi, salvochè non accetti col beneficio dell'inventario, è obbligato a soddisfare i debiti anche *ultra vires*, perchè, come si è visto, l'eredità contiene anche una *damnosa hereditas*, cioè una eredità, nella quale il passivo (i debiti) sorpassa l'attivo. Dall'altro lato a garentia dei diritti dei creditori del defunto, che da tal confusione potrebbero essere danneggiati, v'ha l'istituto della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (articoli 2054-2065 Codice civile).

### § 2. — *Apertura della successione.*

12. Concetto dell'apertura della successione e della delazione. — 13. Presupposto dell'apertura della successione (la morte). — 14. Se in caso di assenza si abbia apertura della successione. — 15. Fondamentali effetti di essa. — 16. Il luogo dell'apertura della successione. — 17. Se, nel caso di apertura della successione di uno straniero fuori del Regno, le azioni di petizione e divisione di eredità si debbano proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni mobili od immobili da dividersi, a norma dell'art. 94 Codice di procedura civile.

**12.** L'apertura della successione implica il concetto che una persona, subietto del patrimonio, ha cessato di esistere; la personalità giuridica è estinta, e nei rapporti del patrimonio del defunto, un'altra persona è chiamata a prenderne il posto. Ed in quanto all'apertura della successione, altri è chiamato a subentrare nella totalità dei rapporti del defunto, si ha la *delazione* dell'eredità. Al momento stesso nel quale la successione è *aperta*, si ha in regola la *delazione* dell'eredità. Fra il concetto dell'apertura della successione e quello della delazione è questa differenza: che nell'apertura della successione s'indica con prevalenza la scomparsa dell'*auctor successionis*, con la *delazione* compiesi la chiamata del successore. Nel nostro diritto questi due concetti vengono espressi con le parole: *la successione si apre, la successione si devolve*. Nell'art. 43 Codice civile è detto: " Aprendosi una successione, nella quale sia chiamata in tutto od in parte una persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro „, ecc. Conf. articoli 720, 721, 923 Codice civile (6).

**13.** Presupposto dell'apertura della successione è la

(1) L. 3, § 3, D. *quib. mod. ususf. amitt.*, 7, 4: *Morte quoque amitti usumfructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret.* Inst., § 3, *De usufructu*, 2, 4. Articoli 515, 529 Codice civile.

(2) Art. 146 Cod. civ.

(3) Art. 1642, 1729 n. 3, 1757 Cod. civ. — Pel diritto romano vedi Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, §§ 610, 611. Bruxelles, 1838. — Quanto al diritto italiano conf. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, vol. VI, 3ª ediz., n. 2.

(4) « L'erede *pro parte* succede nel patrimonio come tutto (*universum ius*), ma non nell'intero patrimonio (*totum ius*, conf. L. 13, D. *Si quis omissa causa*, 29, 4), ma soltanto in una parte di esso (*pro parte*) ». Così Unger, § 2, ann. 16.

(5) L. 9, § 12, D. *De her. inst.*, 28, 5. *Heredes iuris successores sunt et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet: quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.* Conf. Unger, § 2. Ann. 17.

(6) Tanto nel diritto italiano (art. 923), quanto nel diritto francese (art. 718, 719) dicesi la *successione si apre*. E questa locuzione era usata da tutti i codici preesistenti; ma secondo il Codice francese a rigore i soli eredi sono i successori legittimi e del sangue, e l'istituito nel testamento o è un legatario universale, o a titolo universale: e l'erede legittimo solo in regola acquista *ipso iure* l'eredità. Invece secondo il diritto italiano (ed il vigente Codice ha in ciò seguito l'esempio del Codice sardo) si ha l'acquisto *ipso iure* anche per l'erede testamentario. Veramente l'acquisto *ipso iure* della proprietà dei beni ereditarii è, come si vedrà in seguito, controverso. Ma ritenuta, come a me pare, l'opinione affermativa, nel diritto italiano sorge l'esigenza di determinare il concetto della *delazione*, che contiene l'effettiva chiamata del successore. Conf. più innanzi § 3. Secondo il diritto romano l'*hereditas delata* si ha quando la persona, in regola alla morte di un'altra, ha il diritto di adire l'eredità; e quindi acquistarla. L. 151, D. *De verb. sig.*, 50, 16. Nei codici tedeschi dicesi l'*eredità si devolve* (*Die Erbschaft fällt*). *Preussisches Landrecht*, I, 9, § 367. *Oesterr. Gesetzbuch*, §§ 545, 546, 554, etc., *Sächs. Gesetzbuch*, § 2009. *Entwurf eines bür. Gesetzbuch. f. d. D. Reich*, § 1749 (Erbfall). Conf. nota marginale P. L. R., § 367, citato. — Però l'espressione apertura della successione (Eröffnung der Erbfolge) è usata dagli scrittori. Vedi Stobbe, *D. Privatrecht*, V, § 279; Dernburg, *P. Privatrecht*, III, § 95.

morte di una persona (1). Prima che con la legge del 31 maggio 1854 fosse in Francia abolita la morte civile, anche questa dava luogo all'apertura della successione (art. 718, 719). Secondo il Codice napoletano del 1819 la successione aprivasi per condanna alla pena degli ergastoli (art. 638 Codice civile, art. 16 Codice penale). Anche secondo il Codice di Parma la successione aprivasi per morte naturale e per morte civile (art. 864). Secondo il Codice sardo non si apriva successione per condanna penale (art. 44, 47-49, 51); ma l'apertura della successione, oltre alla morte naturale, si aveva pure per la emissione dei voti negli ordini monastici e nelle corporazioni religiose regolari (art. 977) (2). Secondo il Codice vigente, nè per pena, nè per alcun altro motivo, la successione si apre (3).

**14.** Se secondo il nostro diritto si abbia apertura della successione pel caso di assenza, è controverso. Secondo i Codici tedeschi la successione si apre per effetto della *dichiarazione di morte in caso di assenza* (4). Ma l'istituto dell'*assenza*, che si ha nel nostro diritto, e che deriva dal Codice francese, è ben diverso dall'istituto tedesco della *dichiarazione di morte*. Di qui la controversia, che si agita nel diritto francese ed italiano. Si sostiene che mai per l'assenza diasi luogo ad apertura della successione, perchè l'assenza, per quanto prolungata, non dà mai luogo ad una vera presunzione (5). Le misure prese dalla legge in questo caso hanno una certa analogia con l'apertura della successione, ma questa non si ha che con la morte. Gl'immessi nel possesso provvisorio dei beni dell'assente non hanno su di questi nè proprietà, nè diritto reale: essi sono semplici amministratori. Se vi fosse apertura della successione, si dovrebbe essere obbligati pei debiti anche *ultra vires*. Gl'immessi nel terzo periodo non sono proprietarii rispetto all'assente, ma soltanto rispetto ai terzi (6). Dall'altro lato sostiensi, con maggiore o minore precisione giuridica, che nel secondo periodo, e specialmente all'epoca della immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, si abbia apertura della successione (7). Nel diritto italiano già il Vigliani nella sua Relazione disse: " Nel terzo periodo la legge dispera dell'esistenza dell'assente, la tiene inverosimile nell'ordine naturale, e ne apre perciò *in certo modo* la successione, concedendo il possesso definitivo dei suoi beni a coloro, che sarebbero chiamati a raccoglierli nel caso di morte " (8). Analogamente si esprimeva il Testa nelle sue lezioni, dettate nell'Università di Napoli. Il Pacifici, che nel trattato delle successioni afferma recisamente, che neppure all'epoca dell'immissione nel possesso definitivo questa mutasi in devoluzione dell'eredità (9), nelle sue istituzioni opina che l'immissione nel possesso temporaneo produce l'apertura provvisoria della successione, e l'immissione nel possesso definitivo l'apertura definitiva (10). Più profondamente tratta la questione il Tartufari, che opina che nel periodo della immissione temporanea si abbia una provvisoria apertura della successione, che si trasforma in definitiva nel terzo periodo (11). Il Tartufari trova anche una prova di ciò, in quanto il Codice italiano, pronunciata la dichiarazione di assenza, e scorsi i termini stabiliti, dispone l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente ad istanza di chiunque creda avervi interesse o del pubblico ministero (art. 26). Il possesso temporaneo è accordato agli eredi testamentarii o in mancanza agli eredi legittimi, che sarebbero stati tali, se l'assente fosse morto nel giorno in cui risale l'ultima notizia della sua esistenza (art. citato) (12). Invece il Codice francese accorda l'immissione provvisoria dei beni agli eredi presuntivi, ed è in seguito a tale immissione che viene aperto il testamento dell'assente (art. 28 Codice francese). Veramente la disposizione del Codice francese è in pieno accordo col sistema dallo stesso seguito, in quanto in regola l'erede è solo l'erede del sangue o legittimo; come il sistema del Codice italiano è la conseguenza della equipa-

(1) Anche nel diritto romano il presupposto della successione è la morte (*viventis non datur hereditas*), L. 1, D. *De her. vel act. vendita*, 18, 4, L. 27, *De adq. vel omit. her.*, 29, 2.

(2) Conf. Precerutti, *Elementi*, ecc., vol. II, p. 127.

(3) Conf. art. 3 Decreto 30 novembre 1865, art. 33, Codice penale del 1889.

(4) P. L. R., I, 9, § 367, conf. II, 18, §§ 823, 830, 831 e seguenti, *Oest. Gesetzb*, § 278, *Sächs. Gesetzb.*, § 2007, *Primo progetto di Codice civile tedesco*, § 21. *Secondo progetto* § 21. Il diritto romano non contiene una espressa disposizione per la presunzione di morte. I glossatori argomentarono dalla L. 56, *De usufr.*, 7, 1, che stabilisce che l'usufrutto per una persona giuridica debba durare cento anni, *quia is finis vitae longevi hominis est*. Ma il Vangerow giustamente osserva che è difficile servirsi di questa legge per stabilire il tempo della presunzione di morte. In Germania nella pratica del diritto comune si era introdotto per diritto consuetudinario il principio che l'uomo si presumesse morto compiuto il 70° anno. Savigny, *Syst.*, § 63; Vangerow, *Pand.*, § 33; Windscheid, *Pand*, § 53; Baron, *Pand.*, § 19; Glück, vol. XXXIII, § 1397. Quanto al diritto comune italiano vedi Glossa alla L. 2, § 4, D. *Test. quem. aper.*, 29, 2, ove è rimandato per la più lunga età presunta di cento anni alla L. 24 pr. Cod. *De Sac. Ecc.*, 1, 2; Mantica, *De coniecturis ultimarum voluntatum*, Lib. XI, Tit. 4, n. 5. Che però questo fosse un punto controverso, vedi in Vivius, *Communes opiniones doctorum*, op. 1042, n. 1. Aquilae, 1682. Il Vivio riferisce anche l'opinione che si presuma morto l'assente che per 20 anni manchi dalla sua patria, senza che, in seguito a ricerche fatte, esso si sia potuto rinvenire. Op. citata, n. 5. Infine per citare uno scrittore italiano più recente, il Richeri, riferite le varie opinioni sostenute, cioè che l'assente si presumesse morto dopo 20 anni, o dopo 70 (argomentando dalla L. 68, D. *Ad. l. falcid.*, 35, 2), o dopo 100, conchiude che non si dovesse stabilire una regola uniforme, ma si dovesse decidere secondo le particolari circostanze. Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, §§ 1860-1864. Lib. I, Tit. 19. Venetiis, 1841.

(5) Arntz, II, n. 1253. Conf. I, n. 129, 130.

(6) Laurent, II, p. 155 e segg. Conf. VIII, p. 607.

(7) Toullier, I, n. 446, 447 (p. 164, trad. ital.); Duranton, I, n. 500 (p. 1138, trad. ital.); Zachariae, I, § 157, a; Aubry e Rau, I, § 157; Stabel, *Inst.*, § 18 in fine.

(8) Vedi in Gianzana, I. *Relazione della Commissione del Senato*, n. 25 (p. 171).

(9) Pacifici-Mazzoni, *Succ.*, I, p. 44. Sostengono anche la stessa opinione Lomonaco, *Ist.*, I, p. 99; II, p. 83; Ricci, *Diritto civile*, I, p. 29 e segg.; Bianchi Fr., *Corso del Codice civile italiano*, 2ª edizione, vol. IV, p. 924-929.

(10) Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, p. 151, 158.

(11) Tartufari A., *Del possesso qual titolo di diritti*, vol. I, p. 233-263. Torino, 1878.

(12) Tartufari A., o. c., p. 234. Vedi *Introduzione*, I, n. 4.

razione dell'erede legittimo e del testamentario. Cosicchè a me non pare che nella variata disposizione si abbia una ragione prevalente nel diritto italiano per sostenere l'apertura provvisoria della successione (1). Ma questo risulta dall'ordinamento stesso dell'assenza, in quanto nel periodo della immissione temporanea, sorgendo il dubbio che l'assente sia morto, e dovendosi garentire anche i diritti dei presuntivi eredi, e di coloro che abbiano diritti dipendenti dalla morte di lui, si apre una successione, che è provvisoria, in quanto è possibile che l'assente ritorni, ed anche che il giorno della morte dell'assente sia provata. E trascorso il secondo periodo, che può durare trenta anni o anche meno, se dopo la immissione nel possesso temporaneo sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assenté (art. 36), è pronunciata la immissione nel possesso definitivo, in virtù della quale gl'immessi nel possesso ed i loro eredi e successori, possono procedere a *divisioni definitive e disporre dei beni liberamente* (art. 37 Codice civile). In questo periodo veramente prevale la presunzione di morte; e vi ha una successione definitiva, quantunque risolubile, pel caso pure possibile che l'assente ritorni (2). La teoria contraria è insostenibile anche per un'altra considerazione. Nemmeno nel terzo periodo la successione si apre (Arntz, Laurent); ma se non pure cento anni, ma duecento son trascorsi dalla nascita dell'assente, non si dirà mai che vera successione siasi aperta? Nè vale il dire col Laurent che se vi fosse vera successione gl'immessi nel possesso definitivo sarebbero obbligati pei debiti anche *ultra vires*, dappoichè essi possono essere considerati come eredi col beneficio dell'inventario (3). Ed il riavvicinamento tra questi due istituti non discende puramente dai principii generali di diritto, ma risulta anche combinando l'art. 29 Codice civile con l'art. 796 Codice di proc. civ.: " Nell'inventario e nella vendita dei beni mobili si osservano le norme stabilite per l'eredità accettata col beneficio dell'inventario ". Cosicchè l'inventario prescritto dall'art. 29 ha la duplice funzione, di garentire gli eventuali diritti dell'assente nel caso che questi ritorni prima che sia trascorso il periodo del possesso temporaneo, e di impedire la piena confusione dei patrimonii, quando subentra il possesso definitivo.

**15.** Naturalmente qui non è il luogo di entrare in particolarità sull'ordinamento e le regole dell'assenza; ma io accetto il concetto del Tartufari che nel periodo della immissione del possesso temporaneo, l'apertura provvisoria della successione abbia per obietto un possesso di beni (*possessio bonorum*), che è titolo per acquistare i frutti nella totalità per le persone ricordate nell'art. 30, in parte sino al trentennio per quelle ricordate nell'articolo 31 (4). E nel terzo periodo gl'immessi nel possesso definitivo acquistano la proprietà dei beni, quantunque revocabile, poichè è sottoposta alla condizione risolutiva che l'assente ritorni, o che sia provata la sua esistenza (art. 39), o che si presentino figli o discendenti entro il trentennio (art. 40), o che sia provato il tempo della morte dell'assente, nel qual caso coloro che in quel tempo erano chiamati alla successione come eredi o come legatari hanno diritto di proporre le loro azioni contro i possessori (art. 41). Il Tartufari attribuisce agl'immessi nel possesso definitivo un possesso di buona fede con titolo atto a prescrivere, che egli dice una *proprietà publiciana*. A parte questa denominazione, che potrebbe far pensare ad una *proprietà fittizia* (poichè la *publiciana in rem a°* è un'*a° ficticia*) (5), e che menerebbe ad ammettere un duplice dominio, riproducendo una denominazione storica, quando è così controversa nel diritto moderno francese ed italiano l'ammissibilità della azione publiciana per la

(1) Anche il Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, p. 67. Napoli, 1848, sostenne sotto l'impero del Codice sardo una provvisoria apertura della successione nel 2° periodo. Ora il Chironi, *Ist.*, I, p. 72, lo dichiara un concetto *inesattissimo;* ma a me pare ancor meno esatto il considerare (come fa pure il Laurent), gl'immessi come puri *amministratori*, ed il diritto ai frutti come *compenso dell'amministrazione*. Il Chironi in altro luogo (II, 342) ammette che l'*assenza dichiarata* dia luogo all'apertura della successione, e, combinando ciò che egli dice sul possesso definitivo, dee ritenersi che in questo stadio egli la fissi. Ma il periodo del possesso temporaneo e quello del possesso definitivo sono in una intima connessione. Infatti gli eredi testamentarii, o in mancanza coloro che *sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, ovvero i rispettivi loro eredi*, hanno diritto ad essere immessi nel possesso temporaneo (art. 26, capoverso). E scorso il periodo del trentennio dall'immissione, o i cento anni dalla nascita dell'assente, è lo stesso possesso temporaneo, che si trasforma in definitivo (art. 37).

(2) Che nel terzo periodo dell'assenza si debba avere una apertura definitiva della successione, a me pare derivare anche dal processo storico dell'istituto. In un mio lavoro *Il processo civile contumaciale*. Napoli, 1873, p. 27, io ho messa innanzi l'ipotesi che la nomina di un *curator bonorum* non si limitasse soltanto al caso del prigioniero di guerra, previsto nella L. 15, pr. D. *Ex quib. caus.*, 4, 6, ma che anche quello di una lunga assenza vi potesse dar luogo. Questa mia ipotesi è stata accettata dal Cogliolo, *Trattato teorico e pratico dell'amministrazione degli affari altrui*, vol. I, p. 27. Firenze, 1890. Ora a prescindere dal diritto romano, l'istituto della *cura absentis* si è posteriormente trasformato; ed occasionato per l'interesse dei creditori (vedi il mio lavoro già citato, p. 27), è servito a garentire l'interesse anche dei presunti eredi. Ed il tempo della cura dell'*absens* può bene equipararsi al 1° periodo della dichiarazione di assenza; ma quando l'assenza si prolunga e nel diritto medioevale si dà luogo alla presunzione di morte, la successione si apre. Conf. sop. p. 139, nota 4. Conf. pel *curator bonorum absentis* anteriore alla codificazione, Richeri, *Iurisp. civ.*, I, §§ 1824-1867. Quanto al diritto francese anteriore al Codice vedi Pothier, *Succ.*, cap. III, seg. I, § 1 (Opere comp., vol. IV. Bruxelles, 1830), che parla di una *presunta apertura* della successione. Conf., *Introduction générale aux Coutumes*, tit. XVII, p. 37 (Op. com., vol. VII, p. 371 e segg.). Riscontra pure Maleville agli art. 120 e segg.

(3) Conf. Zachariae, I, § 154; Merlin, v. *Absent* all'art. 120. — Conf. anche Precerutti, *Elementi di diritto civile*, vol. I, n. 179.

(4) Tartufari, o. c., p. 236 e seg. Conf. pure per gli effetti dell'immissione nel possesso temporaneo Pacifici, *Ist.*, II, n. 105 (3ª ed.). Il Codice francese nell'art. 125 dice: « La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent ecc. ». I Codici italiani preesistenti usarono ancora la parola *deposito*. Bene ha fatto il Codice italiano a sopprimerla. Gl'immessi nel possesso temporaneo non sono puri amministratori, come pretende il Laurent, II, 125-133, 195-198. Vedi Puchelt, note in Zachariae, I, § 154, n. 1.

(5) Per la formula vedi Keller, *Il processo civile romano*, §§ 31, 37.

protezione del possesso di buona fede (1), non è conseguente l'ammettere una definitiva successione dei beni, senza l'acquisto, benchè risolubile, del patrimonio di colui, che la legge in fondo presume che sia morto. Il Tartufari sembra che trovi inconciliabile il concetto di una *proprietà risolubile* con la prescrizione indicata negli articoli 40, 41 (2). Ma a me non par difficile tale accordo, pensando che la condizione risolutiva nei casi degli articoli citati sia ligata al termine di un trentennio. Ed è naturale che se la condizione si verifichi, oltre il tempo nel quale debbasi verificare, essa non ha più effetto. Nè osta che la condizione risolutiva non abbia effetto retroattivo (articoli 39, 40), poichè v'hanno anche altri casi nel diritto moderno, nei quali alla condizione risolutiva la retroattività è negata (per es. articoli 1080, 1081, 1083, 1088). Considerata come condizionata l'apertura della successione, come condizionato il diritto degl'immessi nel possesso, spiegasi la revocabilità della proprietà. Questo del resto era anche il concetto di Bigot-Préameneu, sostenuto tra gli altri da Zachariae, Aubry e Rau, ed in Italia anche dal Pacifici (3).

**16.** La successione è aperta nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto (art. 923). E qui il domicilio è quello di diritto, o civile secondo il concetto dell'art. 16, 1° alinea, non il domicilio di fatto o residenza (art. 16 capoverso). Ne consegue, secondo testuali disposizioni del Codice di procedura, che debbono essere proposte davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione: 1° Le azioni in petizione o divisione dell'eredità, e qualunque altra tra coeredi sino alla divisione; 2° Le azioni in rescissione della divisione già fatta, o in garanzia delle quote assegnate, purchè proposte entro un biennio dalla divisione; 3° Le azioni contro l'esecutore testamentario, purchè proposte prima della divisione, e, se la divisione non sia necessaria, entro un biennio dall'aperta successione; 4° Le azioni dei legatarii e dei creditori della eredità che non esercitano diritto reale sopra un immobile, se siano proposte anch'esse entro un biennio dall'aperta successione (art. 94 Codice proc. civ., n. 1-4). Fin qui se la successione siasi aperta nel Regno. Se poi la successione è aperta fuori del Regno, le azioni indicate si propongono: 1° davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi; 2° in difetto, davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza (art. 94 citato, ultimo alinea).

**17.** Se la successione, apertasi fuori del Regno, è di uno straniero, è controverso se le regole su esposte abbiano applicazione. Da un lato si sostiene che la disposizione del capoverso dell'art. 94 Codice proc. civ. riguardi solo la successione di un italiano, e che la questione deve risolversi secondo i principii generali del diritto internazionale privato. E nel caso la competenza per le azioni di petizione, di divisione di eredità, ecc. (indicato nell'art. 94 Codice proc. civ.) appartiene all'autorità giudiziaria dello Stato, ove appartiene il domicilio, in cui si è aperta la successione; sia per la stretta connessione che si ha tra il principio che determina la legge da applicarsi in questioni di successione (4), e che secondo il Codice civile italiano è la legge nazionale (art. 8, Disposizioni preliminari), sia perchè la nostra legge ha rifiutato, in omaggio all'antico concetto dell'eredità, come trasmissione dell'*universum ius*, la massima *tot sunt hereditates quot sunt territoria*. Dall'altro lato dicesi che altra è la legge da applicarsi per le questioni di successione nei rapporti del diritto internazionale privato, altra quella che regola la competenza. L'art. 94 non fa alcuna distinzione tra successione di un italiano aperta all'estero, e quella di uno straniero. Rimane sempre vero che unica è la successione, quantunque più possano essere i giudizii di petizione di eredità. La giurisprudenza è divisa (5): gli scrittori in prevalenza si sono manifestati favorevoli per la seconda opinione (6). Una terza opinione, accennata già dall'Auriti (7), e svolta con acume e dottrina

(1) La questione recentemente è stata molto e calorosamente dibattuta in Italia. Riscontra per la non ammissibilità Brezzo, *L'azione publiciana in diritto civile* in Cogliolo, *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, II, p. 121; per l'ammissibilità Ferrini, ivi, p. 154; Carusi, p. 444 e segg.; Gabba, *Foro it.*, I, 980-987, vol. XIII, a. 1888. E questa ultima opinione io seguo.

(2) Tartufari, o. c., p. 256.

(3) Vedi i *Motivi sull'assenza* esposti da Bigot-Préameneu (nella traduzione italiana già citata nella bibliografia, vol. I, p. 245); Zachariae, I, § 157*; Aubry e Rau, I, § 157; Pacifici, *Ist.*, II, p. 158; Conf. Gin, *Diritto civile francese*, vol. II, p. 346 (trad. ital.); Duranton, I, n. 510; Toullier, I, 448; Marcadé, art. 132. — Fra gl'italiani che hanno scritto sotto l'impero dei Codici preesistenti vedi Pastore, I, pag. 125; Precerutti, *Elementi*, I, n. 180; Cangiano, *Diritto positivo*, I, p. 130. — Il Bianchi Fr., che nella prima edizione della sua opera (*Diritto civile*, I, n. 72. Parma, 1869) accettò il concetto che gl'immessi nel possesso definitivo avessero un diritto di proprietà revocabile, nella seconda edizione (*Corso del Codice civile italiano*, IV, p. 926-929, 960) lo rifiuta, ed attribuisce loro un *possesso d'indole specialissima, che per disposizione eccezionalmente favorevole della legge, attribuisce ai possessori l'esercizio di diritti simili a quelli della proprietà, sino ad avere la facoltà di disporre dei beni liberamente* (art. 37 Cod. civ.). Vedi o. c., p. 926. — Ma se al possesso definitivo si accordano diritti simili a quelli della proprietà, e specialmente il *ius alienandi*, esso si trasforma in proprietà.

(4) Savigny, *Syst.*, VIII, p. 309.

(5) Hanno accettata la prima opinione Cass. Napoli, 30 novembre 1869 (*Annali*, IV, I, col. 49); App. Bologna, 31 dic. 1872 (Pacifici, *Rep.*, v. *Eredità*, n. 15-20); App. Firenze, 12 sett. 1883 (*Foro*, IX, I, 713). — Hanno seguita la seconda Cass. Torino, 3 maggio 1872 (*Giurisprudenza* di Torino, 1872, 476), 30 gennaio 1874 a sezioni riunite (ivi, 1874, p. 321), 21 febbraio 1884 (*Foro*, IX, I, 572); Cass. Firenze, 3 aprile 1884 (*Foro*, IX, I, 666); App. Catanzaro, 3 dicembre 1868 (*Annali*, III, II, 802); App. Firenze, 2 dicembre 1882 (*Foro*, VII, I, 1148); App. Venezia, 3 febbraio 1888 (*Foro*, XIII, I, 311).

(6) Per quanto è a mia conoscenza, ha ammessa la prima opinione soltanto l'anonimo annotatore della sentenza della Corte di app. di Catanzaro (*Mon. Tribunali* Milano, X, 424). Ammettono invece la seconda Borsari, *Proc. civ.*, art. 94, n. 7, vol. I, p. 148; Ricci, *Proc. civ.*, I, n. 174, p. 156 e segg., ed in una nota nella *Giurisprudenza italiana*, 1874, I, 390; Mattirolo, *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, p. 82; Gianzana, *Lo Straniero*, vol. I, Parte II, p. 118 e segg.; Scialoia V., Nota alla sentenza della Corte d'app. di Firenze già citata, 2 dicembre 1882 (*Foro*, VII, I, 1148); Pacifici, *Ist.*, 3ª ed., p. 11.

(7) Auriti, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nel distretto della Corte d'appello delle Calabrie nell'anno 1870*. Ap-

dal Gabba (1), è che la competenza dell'autorità giudiziaria italiana nei casi dell'art. 94 Codice di proc. civile si abbia, quando si tratti di *beni immobili*, poichè allora si ha il *forum rei sitae*, ma non quando si tratta di mobili. Secondo il Gabba, l'art. 94 Codice proc. civ. non è scritto per risolvere una questione di diritto internazionale privato riguardo a successione di straniero aperta all'estero. Io convengo coll'illustre giureconsulto che l'articolo 94 non contempli il caso espressamente, e noto pure che ciò posto, l'osservazione che la legge non distingue non ha gran valore. Ma dubito che quantunque la legge non abbia previsto espressamente il caso, non si possa dall'art. 94 del Codice di proc. civ. trarre argomento di analogia. Posta la natura dei principii del diritto internazionale privato, così poco fissi e tanto controversi, le disposizioni del diritto nazionale sono per la magistratura italiana criterii per la scelta e l'applicazione di quei principii. Ora ciò posto, malgrado le considerazioni così pregevoli del Gabba da un punto di vista astratto del diritto internazionale privato, io mi associo alla prevalente dottrina, senza alcuna distinzione se la maggior parte dei beni da dividersi siano mobili ed immobili (2).

### § 3. — *Della delazione.*

18. Delazione ed acquisto dell'eredità. — 19. Delazione legittima e testamentaria. — 20. Loro relazione. Delazione successiva. — 21. Il concetto di una contemporanea delazione.

**18.** Secondo il sistema del diritto romano in regola si distingue il momento della delazione da quello dell'acquisto. La delazione dà il diritto di acquistare l'eredità: con l'adizione l'eredità si acquista (3). Però nel caso del *sui et necessarii heredes* l'eredità è acquistata *ipso iure* al momento della delazione, nè è necessaria adizione. Nel diritto italiano si ha, a mio parere, l'ultimo sistema generalizzato a tutti gli eredi, sia legittimi, sia testamentari, ma di ciò in seguito. Già si è notato come il concetto dell'apertura della successione si differenzii da quello della delazione. E quantunque in regola, secondo il Codice italiano, il momento dell'apertura della successione coincida col momento della delazione e dell'acquisto (4), è possibile anche che la delazione e l'acquisto cadano in un momento posteriore alla apertura della successione.

**19.** Come nel diritto romano, così nel diritto italiano odierno, vi ha una duplice specie di delazione, la delazione legittima e la testamentaria. Nel diritto francese in regola all'apertura della successione si ha la delazione legittima: e solo questa può essere esclusa nei suoi effetti dalle varie specie di legati (universali, a titolo universale); ma una vera delazione testamentaria non si ha che nel solo caso in cui il legatario universale è erede, cioè quando non vi sono eredi legittimi aventi diritto a riserva (arg. art. 1006) (5). Ora appunto per questa essenziale differenza tra il diritto italiano ed il francese, quantunque il momento della delazione coincida con l'acquisto, rendesi necessaria una più diffusa e generale trattazione della teoria (6).

**20.** Le due forme di delazione debbono essere separatamente considerate, e nella loro relazione.

*a*) All'apertura della successione manca il testamento (in tutto o in parte), si dà luogo alla successione legittima. Ma data una prima delazione testamentaria, si può dar luogo anche in seguito all'apertura della successione alla delazione legittima, se p. es. l'erede rinunzi. Però la delazione, ancorchè avvenga posteriormente, ha effetto retroattivo. Così se l'erede testamentario rinuncia, per l'effetto retroattivo della rinuncia (art. 945) l'erede legittimo intendesi che sia succeduto al defunto al momento della morte. E con ciò viene spiegato il principio che per succedere bisogna essere capace al momento dell'apertura della successione (art. 724 n. 1). Simigliantemente pel caso d'indegnità.

*b*) In caso di rinuncia nella successione legittima si ha una successiva delazione pei successivi chiamati nei varii gruppi di successori (ordini). Rinunziando il primo gruppo o ordine, si verifica la delazione pel secondo, e nel caso di successiva vocazione secondo gradi, persone dello stesso ordine sono successivamente chiamate secondo i gradi; mancando il più prossimo è chiamato il susseguente, e via di seguito, salvo le modificazioni che possono aversi pei casi di concorso e del diritto di accrescimento. Il concetto di una successiva delazione è espresso anche nell'art. 721. Ed anche qui quando il primo chiamato, essendo solo, rinuncia (art. 946), la delazione pel chiamato nel secondo grado o ordine ha effetto retroattivo per l'effetto retroattivo della rinuncia.

*c*) Anche nella successione testamentaria può esservi una delazione successiva. Così nel caso di una sostitu-

---

pendice A. Catanzaro, 1871, p. 85. Qui non è il luogo di esporre completamente la teorica dell'illustre Procuratore generale della Cassazione di Roma, il quale, trattando *Della competenza dei tribunali italiani in causa di petizione e divisione di eredità, quando vi siano implicate relazioni a leggi, cose o persone estere* (che tale è il titolo del lavoro) distingue tre casi: 1. che tutti i convenuti siano italiani; 2. che tutti siano stranieri; 3. che alcuni siano italiani, altri stranieri.

(1) Gabba, *Nota alla sentenza della Cassazione di Firenze* 3 aprile 1884 (*Foro it.*, IX, I, 666).

(2) Per gl'immobili, come hanno notato l'Auriti ed il Gabba, la competenza è già giustificata dall'art. 7, secondo alinea, ed io aggiungo che anche pei mobili nello stesso articolo al primo alinea può trovarsi la giustificazione, in quanto ivi son previste le *contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano*.

(3) L. 151, D. *De Verborum significatione*, 50, 16. *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*.

(4) Poichè io ritengo che contemporaneamente alla delazione si abbia l'acquisto dell'eredità, il concetto della stessa è diversamente fissato da quello del Chironi, il quale dice: *la delazione è la possibilità data ad una persona, per esservi chiamata dalla volontà dell'uomo o della legge, di acquistare la eredità* (*Istituzioni di diritto civile*, I, § 439). Analogamente Pacifici, *Succ.*, I, n. 23.

(5) Vedi Zachariae, IV, § 590; Aubry e Rau, VI, § 589.

(6) Classica è l'espressione *defertur hereditas*, L. 39, D. *De adquir. hered.*, 29, 2. *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato, non defertur*. Confr. L. 1, pr. *De suis et legitimis heredibus*, 38, 16. Ma l'espressione *delatio hereditatis* non si ha nelle fonti. Vedi Windscheid, *Pand.*, III, § 530, n. 1.

zione volgare. Se l'erede sostituito rinuncia, subentra la delazione pel sostituito, ed anche essa con effetto retroattivo.

*d*) La delazione testamentaria è sospesa nel caso di istituzione sotto condizione sospensiva, o della istituzione di un nascituro già concepito, o di un figlio di determinata persona vivente (art. 764). È sospesa anche la delazione legittima pel caso del concepito al momento dell'apertura della successione, sino al momento della nascita. In questi casi sono possibili diverse concezioni sulla condizione giuridica del patrimonio fino al verificarsi della condizione. Ma di ciò in seguito. Cfr. § 17.

**21.** Secondo un tal concetto si avrebbe una successiva delazione nell'ordine dei chiamati; ma ne è ancora possibile un'altra, concependo una contemporanea delazione per tutti i chiamati esistenti all'epoca dell'apertura della successione; ma mentre pei primi si avrebbe una delazione pura e semplice, pei secondi chiamati si avrebbe una delazione condizionata, cioè legata ad un fatto incerto, per es. se i primi rinunziano o siano incapaci (indegni). Tuttavia, poichè opino che nel nostro diritto la delazione produce l'acquisto dell'eredità, preferisco il concetto della delazione successiva a quello della delazione contemporanea per più chiamati successivamente. La legge al momento dell'apertura della successione o per le sue regole (delazione legittima), o riconoscendo la volontà del defunto (delazione testamentaria), chiama la persona del successore a prendere il posto del defunto, deferendo ad essa l'eredità. Quando il primo chiamato rinuncia, subentra la successiva chiamata o la successiva delazione pei successori di ulteriore grado. Ma con questo non si nega un diritto eventuale nei posteriori chiamati. La vocazione esiste già precedentemente all'apertura della successione, come diritto di aspettativa; all'epoca dell'apertura della successione essa si trasforma in diritto puro e semplice (delazione) pei primi chiamati, ed in un dritto condizionato pei successivi. Tutto ciò da un punto di vista scientifico: nell'ordine pratico la concezione di una successiva delazione agevola la soluzione di parecchie controversie, che saranno notate a suo luogo.

## § 4. — *I commorienti.*



**22.** Può essere importante per determinare il diritto di successione di più persone il conoscere quale di essa sia morta prima e quale dopo. E ciò specialmente nel caso in cui più persone siano morte contemporaneamente, in un comune pericolo. Di qui il così detto dritto dei commorienti (*ius commorientium*). Nel caso di morte di due persone, le quali avrebbero potuto succedere l'una all'altra, nascendo il dubbio sulla priorità della morte dell'una o dell'altra, sono necessarie positive prescrizioni della legge.

**23.** Nel diritto romano la teoria dei commorienti non è senza incertezza. L'opinione ora dominante è che se sorga dubbio quale di due persone sia prima perita, devesi provare la priorità della morte dell'una o dell'altra: che se la prova è impossibile ritiensi che esse siano morte contemporaneamente (1). V'ha però l'eccezione pel caso dei *commorientes*, quando l'uno sia discendente dell'altro. Se il discendente è pubere, si presume che sia morto dopo dell'ascendente; se impubere, si presume morto prima (2). Ed anche qui vi è controversia: l'opinione dominante limita l'eccezione al caso in cui la morte sia avvenuta contemporaneamente, in un comune pericolo, per es., incendio, naufragio, terremoto, guerra (3); altri però prescindono da questa limitazione (4). Ed il Mühlenbruch estende la regola anche quando le persone, su cui sorga il dubbio della priorità della morte, non siano discendenti l'una dall'altra (5). Gli scrittori più antichi dalla presunzione che nel caso che il discendente fosse impubere, questo si presumesse morto prima dell'ascendente, avevano addotta la ragione, poichè l'impubere è *corporis viribus et iudicio inferior quam parentes;* mentre nel caso che il discendente fosse pubere, si presumeva fosse morto prima l'ascendente *secundum ordinem mortalitatis* (6). La dottrina anteriore ai Codici non era giunta a formulare nettamente i casi di presunzione di priorità nella morte, e tanto in Francia (7) quanto in Italia largo campo di apprezzamento nelle circostanze di fatto era lasciato ai magistrati (8).

**24.** Il Cod. francese regola minutamente la presunzione di sopravvivenza. Nell'articolo 720 è espressamente detto: " Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra periscono in uno stesso infortunio, senza che si possa scoprire quale fra di esse è premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed, in mancanza, *dal vigore dell'età*

(1) L. 18 pr. *De reb. dub.*, 34, 5: Marcianus ...... *in quibus casibus si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.*

(2) L. 9, § 4, *De reb. dub.*, 34, 5: Tryphonin, *Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.* Questa presunzione non ha però luogo nè nel caso della successione del liberto, nè nel fedecommesso, L. 9, § 2. *De reb. dub.*, 34, 5; L. 17, *ad SC. Trebel.*, 36, 1.

(3) Savigny, II, p. 20; Thibaut, § 122; Sintenis, I, p. 95, N. 11; Merkel in *Weiske's Rechtslex.*, XI, p. 423; Vangerow, I, § 33, Ann. 2; Windscheid, I, § 53; Baron, § 21; Dernburg, *Pand.*, I, § 50; De Crescenzio, *Sistema del diritto romano*, I, § 15.

(4) Arndts, § 27, Ann. 1; Mühlenbruch, *Doctrina pandectarum*, § 186, ed in *Arch. f. Civ. Praxis*, IV, 27.

(5) Mühlenbruch, nei luoghi citati in precedente nota.

(6) Voet, *Com. ad Pand.*, 34, 5, n. 3; Donello, Lib. XI, Tit. *De reb. dubiis*, L. 9, § 1, n. 6 e segg.

(7) Conf. Toullier, IV, 76.

(8) Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, Lib. II, Tit. 27, § 9116 e segg.

*o del sesso* „. E questo concetto generale è sviluppato nei successivi articoli 721 e 722. " Se coloro che perirono insieme avevano meno di anni quindici, si presume che sia sopravvissuto il più avanzato di età. Se erano tutti maggiori di sessanta anni, si presume che sia sopravvissuto il men vecchio tra essi. Se gli uni avevano meno di quindici anni, e gli altri più di sessanta, si presume che siano sopravvissuti i primi. Se coloro che perirono insieme avevano compiuta l'età di anni quindici e non oltrepassavano quella dei sessanta, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda di un anno, si presumerà sempre che sia sopravvissuto il maschio. Se essi erano dello stesso sesso, la presunzione di sopravvivenza, che dà luogo all'apertura della successione, deve ammettersi secondo l'ordine naturale; e quindi il più giovane si presume sopravvissuto al più vecchio „ (1). Invece nè il Codice prussiano, nè l'austriaco, nè il più recente Codice sassone stabiliscono alcuna presunzione di sopravvivenza, e se non è possibile che sia provata la priorità della morte di due persone, che potevano l'una all'altra succedere, si presume che siano morte contemporaneamente (2).

**25.** Tutti i Codici italiani preesistenti riprodussero il sistema delle presunzioni stabilite dal Codice francese. Il Codice napoletano del 1819, salvo una poco importante dilucidazione all'art. 641, non contiene negli art. 642, 643 che la pura traduzione degli articoli corrispondenti del Codice francese. Però il Codice napoletano stabilì una presunzione generale, art. 640: " Ignorandosi la morte di più persone, si presume morta sempre la più avanzata di età „ (3). Il Codice di Parma, accettando il sistema delle presunzioni di sopravvivenza stabilito dal Codice francese, ne variò però e moltiplicò le condizioni (4). E le disposizioni del Codice di Parma furono riprodotte nel Codice sardo e nell'estense (5).

**26.** Il Codice italiano vigente ha rifiutato il sistema francese. In generale ha seguito il principio che nel caso di dubbio tra due persone chiamate rispettivamente a succedersi, la priorità della morte dell'una o dell'altra deve essere provata da chi la sostiene. E si è tenuto strettamente al sistema dei Codici tedeschi, stabilendo che mancando la prova si presumono tutte morte ad un tempo (6). Si è notato che il sistema delle presunzioni stabilito dal Codice francese, ed in verità esagerato anche dal Codice di Parma, non ha alcuna ragione interna che lo giustifichi (7). Il Pisanelli le disse affatto arbitrarie e costituenti una violazione non giustificata del principio, che chi reclama un diritto devoluto ad una persona deve provare che essa esisteva al momento della devoluzione del diritto (8). Si è detto che anche il principio stabilito dalla

(1) Pei motivi, esposti da Treilhard, Chabot, Simeon, vedi nei loro discorsi (Vol. V, *Dei Motivi* ecc., trad. ital.). Malgrado la minutezza dei precetti, in Francia sorgono molte questioni. Ed è sorta anche la questione se le disposizioni degli art. 720, 721 si applichino al caso di morte di due persone, che siano chiamate l'una rispetto all'altra per testamento. L'opinione prevalente è che queste disposizioni non si estendono alla successione testamentaria. Esse sono disposizioni eccezionali. Zachariae, I, § 85, n. 8; Aubry e Rau, I, § 53; Arntz, II, § 1264; Laurent, VIII, 522; Duranton, VI, 48 e segg; Troplong, *Don. et test.*, § 2121. Tale dottrina era quella di Bartolo e di Cuiacio. Vedine l'esposizione in Troplong, l. c. — In contrario Toullier, IV, 78; Vazeille, *Succ.*, art. 722, n. 5; Maleville, art. 722.

(2) *Preuss. Landrecht*, I, 1, § 39; *Oesterreich. Gesetzbuch*, § 25; *Sächs. Gesetzbuch*, § 2007. Quanto ai Codici svizzeri, che anche qui si dividono, taluni seguendo il sistema del Codice francese, ed altri quello dei Codici tedeschi, vedi Huber, *Syst. und Gesch. des Scweizerischen Privatrechts*, I, § 9. Nè il primo progetto di Codice civile tedesco, nè il secondo hanno creduto necessaria una positiva disposizione riguardante il caso dei commorienti, e quindi la prova della priorità della morte deve essere addotta. Conf. *Motivi*, I, p. 32. Vedi più innanzi n. 27 testo e nota 5.

(3) Taluni scrittori di diritto napoletano ritennero questa disposizione come superflua. Vedi Cangiano, *Diritto positivo*, II, pag. 13.

(4) Cod. di Parma, art. 866: « Se più persone reciprocamente chiamate dalla legge alla successione *ab intestato*, o fra le quali una sia il testatore, e l'altra l'erede o il legatario, periscono per uno stesso infortunio, senza che si possa accertare quale sia di esse premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed in loro mancanza dal vigore dell'età o del sesso ». 867: « Fra quelli del medesimo sesso, e al di sotto di trentacinque anni che perirono insieme, si presume che sia sopravvissuto chi più avanza di età; — Se questi erano al di sopra di trentacinque anni, si presumerà sopravvissuto il meno attempato; — Se tra coloro che perirono insieme gli uni avevano oltrepassati i trentacinque ma non i settant'anni, e gli altri erano al di sotto di quattordici, i primi si presumono sopravvissuti. — Che se gli uni avevano oltrepassati i settanta anni, e gli altri i sette, si presumerà che i primi siano premorti. — All'incontro si presumeranno premorti i secondi, se erano al di sotto dei sette anni ». — 868. « Se coloro che perirono insieme erano di sesso diverso, e non avevano oltrepassati i quattordici anni, il maggiore di essi si presume sopravvissuto. — Se queste persone avranno oltrepassati i quattordici ma non i trentacinque anni, si presumerà sopravvissuto il maschio; — Se avranno oltrepassati i trentacinque anni, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda un quinquennio, il maschio si presumerà sopravvissuto. — Che se la differenza eccede un quinquennio, si presume sopravvissuto il più giovane ».

(5) Cod. sardo, art. 964-966; Cod. estense, art. 939 e segg. — In conseguenza il Codice di Parma, il sardo e l'estense testualmente estesero le presunzioni di sopravvivenza anche alla successione testamentaria. Conf. Pastore, *Comm. al Codice sardo*, vol. IX, p. 12 e segg.

(6) Art. 924 Cod. ital. « Se fra due o più chiamati rispettivamente a succedersi è dubbio quale abbia pel primo cessato di vivere, chi sostiene la morte anteriore dell'uno o dell'altro deve darne la prova; in mancanza di prova si presumono morti tutti ad un tempo, e non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro ». Una identica disposizione leggesi nel § 25 Cod. austriaco: « In dubbio quale di due o più persone morte abbia la prima cessato di vivere, chi pretende la morte anteriore di una o dell'altra, dovrà provarlo; se poi egli non è in grado di provarlo, si presumeranno morte tutte ad un tempo, e non vi avrà luogo la trasmissione di diritto dall'una all'altra ».

(7) Bruns, *Das heutige Röm. Recht*, § 16, *in Holtzendorff Encyc.*, Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, I, § 41.

(8) Relazione Pisanelli n. 120 (in Gianzana, *Collezione* ecc., I, p. 80): « Se fra due o più persone chiamate rispettivamente a succedersi, fosse dubbio quale abbia per la prima cessato di vivere, i Codici italiani, ad imitazione del francese, stabiliscono presunzioni di sopravvivenza fondate sulla diversa età,

nostra legge è una presunzione (1): e ciò è vero, poichè è possibile che appunto nel caso in cui ritiensi che due persone siano morte contemporaneamente, invece ciò sia contrario al fatto. Ma posta l'impossibilità della prova della priorità della morte di una di esse, è una necessità l'ammettere che esse siano contemporaneamente morte, e che in conseguenza, come dice l'art. 924, non abbia luogo trasmissione di diritto dall'una all'altra (2).

**27.** La regola dell'art. 924 non si limita al solo caso di morte nello stesso infortunio o comune pericolo, e come si rivela dalla sua ragione e dalla stessa positura nel sistema del Codice (3), non si restringe soltanto alla successione *ab intestato,* ma si applica anche alla successione testamentaria. Si è detto che la regola sancisce un principio che deriva direttamente dal principio generale, che chi pretende avere un diritto, conseguenza d'una trasmissione da altra persona, deve provare che al tempo in cui quel diritto ebbe origine per quella persona, essa era in vita, e che in conseguenza la disposizione è destinata a sparire (4). Ed è questo il sistema seguito nel recente progetto di Codice civile tedesco (5). Però a questo sistema non sono mancate critiche (6). Si è anche autorevolmente osservato che la regola non si limita al caso, in cui sorga dubbio sulla priorità della morte tra persone chiamate rispettivamente alla successione, ma in ogni caso di diritti dipendenti dalla condizione della vita di una persona in un dato momento, e quindi anche in caso di rapporti non ereditarii, e si è notato che la formula del § 25 del Codice austriaco, dal quale l'art. 924 è derivato, è più comprensiva. Ma si è aggiunto che ciò non produce alcun danno, poichè se la dizione è difettosa, la regola lascia le cose nello stato naturale (7). Veramente la differente dizione tra il Codice austriaco e l'italiano dipende dalla stessa posizione delle disposizioni nel sistema dei due codici; poichè nel Codice austriaco essa si trova nella prima parte, che riguarda il diritto delle persone, nel Codice italiano nelle successioni. Ma nel Codice italiano vi ha anche un'altra disposizione che può essere invocata: art. 42: " Niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui si ignori l'esistenza, se non provi che essa esisteva quando quel diritto è nato ". Ora combinando questa regola con quella data dall'art. 924, ne risulta una regola generalissima, analoga a quella che è data dal § 25 del Codice austriaco, cioè che chi pretende un diritto, in conseguenza della sopravvivenza di una persona ad un'altra, o che val lo stesso della priorità della morte di una persona rispetto ad un'altra, deve provare tal sopravvivenza o tal priorità di morte (8). E questo principio è completato dalla presunzione di commorienza nel caso che la priorità della morte di una o di altra persona non possa essere provata.

**28.** Secondo il sistema della nostra legge adunque deve provarsi l'anteriorità della morte o la sopravvivenza di una persona rispetto all'altra, quando da tal fatto si pretenda derivare un diritto in generale o un diritto di successione in ispecie: e la prova può essere data con tutti i mezzi stabiliti dalla legge, scritti, testimoni, perizie tecniche ed anche presunzioni di fatto (*praesumptiones facti* o *hominis*). Sol quando ogni specie di prova è impossibile, o riesce vana, subentra la presunzione della simultaneità della morte, ed in conseguenza nel caso di morte di due o più persone, rispettivamente chiamate alla successione, non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro, secondo il precetto dell'art. 924. Cosicchè se si guardi alla regola generale che la vita o la morte di una persona debbe essere provata da chi pretende dal fatto della morte, della vita, della premorienza o della sopravvivenza derivarsi o trasmettersi a suo favore un diritto;

---

qualora le medesime siano perite nello stesso infortunio. Tali presunzioni, che devono forse la loro origine all'interpretazione erronea di un frammento del diritto romano, oltrechè sono affatto arbitrarie, costituiscono una violazione non giustificata di quel principio giuridico secondo il quale chiunque reclama un diritto devoluto ad una persona, la cui esistenza non sia riconosciuta, deve provare che essa esisteva quando si è fatto luogo alla devoluzione del diritto ». Conf. Relazione Vacca alla Camera n. 52 (in Gianzana, *Collezione*, ecc., I, p. 40).

(1) Pacifici, *Succ.*, I, n. 28, *Ist.*, 3ª ed., vol. VI, p. 8; Lomonaco, *Ist.*, III, p. 186.

(2) Krainz osserva che ad escludere ogni presunzione sulla priorità della morte, poichè ogni presunzione sarebbe più o meno arbitraria, nel § 25 del Codice austriaco è stabilito che non si debba presumere che l'uno sia morto prima dell'altro o (che val lo stesso) che nel dubbio debba ritenersi la morte contemporanea; e che quindi non si dia luogo a trasmissione di patrimonio, che sarebbe una conseguenza della priorità della morte dell'uno o dell'altro. Krainz, *System des österreich. allg. Privatrechts*, I, p. 60. Conf. Unger, *Syst.*, I, p. 251. — Il Bellavite nega alla regola dell'art. 924 il carattere di presunzione: Bellavite, *Note di diritto civile*, p. 56. Altri ha detto che l'art. 924 ha più della finzione che della presunzione; Ramponi, *La teoria generale delle presunzioni*, p. 23. Bologna, 1890.

(3) L'art. 924 è posto al Capo III, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie.*

(4) Ramponi, op. cit., p. 133.

(5) Conf sop. p. 396, nota 2. Nel primo progetto (prima lettura) si legge una disposizione del seguente tenore: § 4. « Che una persona viva ancora o sia morta, o che in un dato tempo essa sia vissuta o no, deve provare colui che da tali fatti ripeta un diritto. — Essendo incerto se una persona, la cui vita o la cui morte non risulta con certezza, sia sopravvissuta ad una delazione a causa di morte, si presume che quella persona sia vissuta sino al settantesimo anno, ma che in seguito non sia più vissuta ». Mentre correggo le prove di stampa, rilevo che nel secondo progetto (seconda lettura) l'intero § 4 del primo progetto è soppresso. La Commissione ha notato, che nella seconda parte manca ogni base di verisimiglianza; e che la prima parte, quantunque giusta non è senza pericolo, e d'altronde, soppressa la seconda parte, è inutile. Riscontra *Die Zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, edizione curata da Reatz, con annotazioni derivate dai verbali. Berlino, 1892. — Pare dunque che nel secondo progetto il sistema di evitare presunzioni prevalga. Contro questo sistema però cfr. la seguente nota.

(6) Bekker, *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches f. das Deutsche Reich*, p. 10-12. Berlin und Leipzig, 1888. Il Bekker formula casi pratici, nei quali il § 4 già citato del primo progetto apparisce insufficiente; e reclama che la legge stabilisca una presunzione per la commorienza. Egli rimprovera pure i compilatori del progetto di avere disconosciuto il valore delle presunzioni legali.

(7) Bellavite, *Note*, ecc., p. 57.

(8) Conf. Chironi, *Ist.*, I, § 27.

la presunzione di commorienza apparirà come la regola dettata dalla legge a togliere ogni incertezza nel giudice, il quale, come dice con ragione il Bekker, non deve arrestarsi nel giudizio alla formula *rem sibi non liquere* (1). È dunque in *subsidium* a tutte le altre prove che la presunzione è fatta. E così questa presunzione ha un carattere speciale: si accosta ad una *praesumptio iuris* semplice; ma in essa la ragione non è il *quod plerumque accidit*, o la probabilità, o il momento statistico, ma la necessità di determinare un presupposto, sia o no vero, per venire ad una regola certa; cioè che non provata la sopravvivenza o la priorità della morte di una persona rispetto ad un'altra, non si dà luogo a trasmissione di diritto dall'una all'altra. Cosicchè la disposizione dell'art. 924 del Codice italiano ha lo stesso valore delle complicate presunzioni stabilite dal Codice francese e dai Codici italiani preesistenti; cioè per giudicare della priorità di morte e della sopravvivenza il giudice decide innanzi tutto secondo le *circostanze di fatto*, e solo in *mancanza* si applicano nel diritto francese le più complicate regole degli art. 721, 722 (vedi art. 720 Cod. francese), e nel nostro Codice la semplice disposizione dell'art. 924. Come si è notato, qualunque mezzo di prova è ammesso per determinare la priorità della morte o la sopravvivenza di una o di un'altra persona, ed anche le presunzioni di fatto, il cui apprezzamento è lasciato al giudice (2). Anche secondo il sistema del Codice italiano può ammettersi la decisione data dal Pothier, che in un incendio divampato di notte, chi dorme nell'appartamento nel quale il fuoco si è acceso sia morto prima di chi dorme in un appartamento più lontano; e che in una battaglia il soldato che si trova nella prima fila sia premorto al soldato che si trova nella retroguardia (3). E dato così il carattere di puro supplemento (4) alla disposizione dell'art. 924, è inutile impigliarsi con la questione, se avverso le presunzioni, contro le quali la legge ammette prova contraria, possano addursi come prove anche le presunzioni di fatto (5). Le presunzioni di fatto, dalle quali il giudice deve trarre il suo convincimento, debbono però essere *gravi*, *precise* e *concordanti* (art. 1354 Cod. civ.); ed egli deve da esse decidere della priorità della morte di una persona rispetto ad un'altra solo quando son capaci di generare in lui un sicuro convincimento; che se dubbio possa rimanere, deve prevalere la disposizione della legge contenuta nell'articolo 924. Il non facile apprezzamento dei fatti noti ed il difficile lavorio d'induzione per derivare da essi gl'ignoti (che è la base della presunzione, art. 1349) debbono rendere assai cauto il giudice nel determinare la priorità della morte per presunzione; ed astrattamente, senza altre circostanze di fatto, io non accetto l'opinione del Pacifici, che dall'età, dallo stato di salute delle persone perite si possa presumere l'anteriorità della morte dell'una o dell'altra (6). Imperciocchè il legislatore italiano ha rifiutate queste presunzioni come arbitrarie nel sistema della legge; e se tali le ha considerate e le ha bandite, il giudice deve ispirarsi allo stesso concetto, e non ammetterle. Altrimenti non sarebbe raggiunto il fine della legge, evitare per quanto è possibile le difficili questioni della sopravvivenza e l'arbitrio (7). Le questioni sulla priorità della morte e sopravvivenza non sono già punto eliminate col sistema stesso della nostra legge (8); ma con una estensione delle presunzioni di fatto, anche all'età ed alla salute, e persino al sesso (9) delle persone morte, esse sarebbero accresciute rispetto al sistema francese; ed il precetto della legge, fondato anche se si vuole su finzioni, che in ogni caso è sempre spassionato ed universale, sarebbe sostituito dalla volontà arbitraria del giudice (10).

**29.** Tali sono i principii generali stabiliti dal Codice italiano intorno ai commorienti. Ora è opportuno, seguendo l'esempio già dato da altri scrittori, completarli con la discussione di taluni casi che riferisconsi a dritti dipendenti dalla morte di una delle persone perite, senza che possa provarsi la premorienza dell'una o dell'altra.

I. Il testatore ha istituito una persona, sotto la condizione che egli muoia senza figli (*si sine liberis decesserit*). Muoiono padre e figli in un comune pericolo: si domanda se la condizione debba intendersi verificata, ove non si giunga a provare che i figli siano premorti al genitore. Ulpiano nel caso di un fedecommesso sotto la condizione *si sine liberis decesserit*, decise che la condizione s'intendesse verificata: L. 18, § 7, D. *ad Senatuscon. Trebellian.*, 36, 1: ULPIANUS *Libro quarto fideicommissorum Si quis autem susceperit quidem filium; verum vivus amiserit, videbitur sine liberis decessisse. Sed si naufragio vel ruina vel adgressu vel quo alio modo simul cum patre perierit, an condicio defecerit, videamus. Et magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium eius supervixisse. Aut igitur filius supervixit patri et extinxit condicionem fideicommissi, aut non supervixit et extitit condicio: cum autem, quis ante et quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est.* Il Troplong, esaminando l'applicazione di questa legge nei rapporti del diritto francese, la ritiene inapplicabile, poichè il principio che la informa è il favore pei fedecommessi e pei testamenti: mentre nel diritto francese i favoriti sono i successori *ab intestato* di fronte ai *donatarii per testamento.* Egli conclude che in tesi generale bisogna decidere per colui che possiede, e che spetta a colui, che domanda i beni, di provare il fondamento del suo diritto (11). E qui si ricordi che il Troplong accetta la dominante

(1) Bekker, scritto citato, p. 11, 12.

(2) Hureaux, *Succ.*, I, p. 82; Arntz, II, p. 24; Toullier, IV, 76, 77.

(3) Pothier, *Succ.*, Ch. III, § 1.

(4) Così considerarono le presunzioni degli art. 721, 722 Codice francese anche Treilhard e Simeon. Vedi *Motivi*, l. c.

(5) Conf. Ramponi, *Presunzioni*, p. 167 e segg.

(6) Pacifici, *Succ.*, I, p. 54; *Istituzioni*, 3ª ed., VI, p. 9, n. 1.

(7) Vedi Vacca, *Relazione alla Camera dei Deputati*, p. 58; ove è detto che col sistema del Codice « molte intrigate controversie verranno meno ». Conf. *Relazione* Pisanelli già citata sopra, p. 396, nota 8.

(8) Quindi la teoria dei commorienti non ha perduta quasi tutta la sua importanza pratica, come dice il Gianturco, *Ist.*, vol. I, p. 67. Napoli, 1885.

(9) Pacifici, l. sop. citati.

(10) Qui torna opportuno l'insegnamento di Aristotele, che l'uomo anche ottimo può essere dominato dalla passione, mentre la legge è mente spassionata (ὁ θυμὸς ἄρχοντας διαστρέφει καὶ τοὺς ἀρίστους ἄνδρας· διόπερ' ἄνευ ὀρέξεως νοῦς ὁ νόμος ἐστί. Arist., *Pol.*, III, 11, 5).

(11) Troplong, *Don. e test.*, 2130. — Hureaux, *Succ.*, I, p. 89, dice analogamente che ogni questione di un testamento, la cui ef-

teoria, che le presunzioni di sopravvivenza stabilite negli art. 721, 722 Cod. francese non si applicano alla successione testamentaria. Invece sotto l'impero del vigente Codice italiano, il Pacifici non esita ad accettare la soluzione data da Ulpiano nel caso di una istituzione sotto la condizione *si sine liberis decesserit;* poichè niuna disposizione positiva o principio generale del diritto italiano si oppone, e poichè è evidente la volontà del testatore, di istituire un erede, nel caso che per morte i figli non possano succedergli (1).

Già si è notato come la L. 18 § 7 citata contenga una eccezione alla regola della presunzione di sopravvivenza, stabilita nel dritto romano pel caso di morte di persone, l'una dall'altra discendenti. Si ha così un ritorno alla regola generale *non videtur alter alteri supervixisse;* e ciò senza dubbio pel favore dei fedecommessi. Secondo il diritto italiano il caso proposto cade sotto la regola dell'art. 924, che è regola generale senza eccezione. Ora è a vedere se non potendosi provare che il figlio è sopravvissuto al testatore, nel qual caso la condizione sarebbe mancata, nè che egli è premorto, nel qual caso la condizione sarebbesi verificata, ma dovendosi ritenere che padre e figli siano contemporaneamente morti, deve decidersi se la simultaneità della morte debba considerarsi come esistenza o mancanza della condizione. Io opino col Pacifici che la condizione debba considerarsi come verificata. E difatti la condizione *si sine liberis decesserit* manca quando dopo la morte del genitore esistano o sopravvivano figli: se questi muoiono contemporaneamente ai genitori, non esistono dopo la morte di lui, nè sopravvivono, e quindi in senso opposto la condizione deve considerarsi come verificata. E qui è opportuno notare che l'effetto pratico della presunzione della commorienza è ben diverso dal caso che essa non esistesse. Allora nel caso proposto, la soluzione logica è quella del Troplong pel dritto francese. Si deve provare la premorienza dei figli dall'istituito sotto condizione; non giungendosi a provare tale premorienza, ne risulterebbe che l'eredità si devolverebbe *ab intestato.* Ed al genitore ed al figlio, contemporaneamente morti, succederebbero i loro rispettivi eredi legittimi; ma l'istituito sotto condizione sarebbe escluso. E qui si chiarisce come non sia vero che l'art. 924 sia inutile, e come a ragione il Bekker abbia censurato il progetto di Codice civile tedesco di non avere alcuna disposizione speciale pel caso dei commorienti (2).

II. Si è fatta una donazione col patto di riversione pel caso che il donatario premuoia al donante (art. 1071). Donante e donatario muoiono, nè si può determinare la priorità della morte dell'uno o dell'altro; si domanda se diasi luogo alla riversione a favore del donante, o se non provata la premorienza del donatario, succedano gli eredi di questo nei beni donati. Il caso nell'ipotesi della simultaneità della morte è espressamente previsto nel diritto romano: L. 16, pr. *De rebus dubiis*, 34, 5: MARCIANUS *Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est, ut ecce si mater stipulata est dotem a marito mortua filia in matrimonio sibi reddi et simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu competere? et divus Pius rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit.* § 1. *Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit vel cum ea, propter quam stipulatus esset, an ad heredem suum actionem transmittat.*

Il Duranton prevede espressamente il caso di una donazione col patto di riversione in caso di premorienza del donatario, e che non si possa provare la priorità della morte dell'ultimo. Poichè il donatario ha acquistata la proprietà delle cose donate sotto la condizione risolutiva che egli premuoia; spetta agli eredi del donante il provare che la condizione risolutiva siasi verificata con l'evento previsto. Non potendosi fare questa prova, la proprietà delle cose donate rimane irrevocabilmente in mano degli eredi del donatario (3). Ed è questa anche un'applicazione dei principii generali del diritto francese secondo la teoria comune, che non estende le presunzioni di sopravvivenza alle successioni testamentarie ed agli atti tra vivi.

Il Pacifici dà una soluzione analoga alla questione. Innanzi tutto egli osserva: il donante non ha sopravvissuto al donatario, e quindi a rigore la condizione della riversibilità non si è verificata. Secondariamente la riversibilità importa il trapasso della proprietà dal donatario al donante al momento della morte del donatario antecedente a quella del donante; ma se muoiono contemporaneamente donante e donatario, il trapasso della proprietà al donante non è più possibile, poichè egli più non esiste (4).

La soluzione adunque nel diritto romano, nel diritto francese e nel diritto italiano è identica. Nel diritto romano però come nel diritto italiano, nei quali v'ha la presunzione della commorienza, la ragione fondamentale è che la condizione della riversibilità non si è verificata, poichè il donante non è sopravvissuto al donatario (*D. Pius rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit*) (5).

### § 5. — *Acquisto dell'eredità.*

30. Diritto romano. — 31. Diritto medioevale. — 32. Codice sassone, Codice prussiano, Codice austriaco. Progetto di Codice tedesco. — 33. Codice francese. — 34. Codici italiani preesistenti al Codice vigente.

**30.** Nel diritto romano la delazione in regola non dà che il diritto di acquistare l'eredità: per essa l'acquisto è solo possibile. L'eredità si acquista mercè l'adizione (*aditio*); con l'adizione la possibilità dell'acquisto diventa realtà. L'adizione è una unilaterale dichiarazione di colui al quale l'eredità è deferita, di volere accettarla: in re-

ficacia è subordinata a questione di sopravvivenza, debbe decidersi secondo il diritto comune in materia di prova (articoli 1341, 1348, 1353 Codice francese). Conf. autori ivi citati in nota 2, ed Arntz, I, p. 27.

(1) Pacifici, *Succ.*, I, p. 57.

(2) Conf. sop., n. 27, nota 6.

(3) Duranton, VI, 49.

(4) Pacifici, *Succ.*, I, p. 58.

(5) Nel diritto francese si questiona pel caso delle istituzioni contrattuali o donazioni di beni futuri (art. 1082 e segg. Codice francese). Vedi Duranton l. citato. Sotto l'impero del Codice italiano le istituzioni contrattuali sono vietate; nulla è la donazione di beni futuri (art. 1064); in conseguenza quelle questioni in generale non hanno per noi pratico interesse.

gola nel diritto romano l'*heres* è *voluntarius*. L'accettazione può essere espressa (*hereditatis aditio* nel senso stretto) o tacita (*pro herede gestio*) (1).

Il momento della delazione distinguesi così da quello dell'acquisto; ma l'adizione ha effetto retroattivo, e l'erede intendesi sia succeduto al defunto dal momento della morte (2). Questa regola però ha una eccezione nella successione dei *sui*, i quali acquistano *ipso iure* o in forza della legge l'eredità dal momento della delazione. Essi sono eredi anche in contraddizione della loro volontà (*sui et necessarii*) (3). Alle conseguenze pregiudizievoli pei *sui* per l'acquisto necessario di una *damnosa hereditas*, il pretore ebbe il rimedio del così detto *beneficium abstinendi* (4). Nel sistema del diritto pretorio la *bonorum possessio* deve essere giudizialmente chiesta: dapprima ad un magistrato con *imperium mixtum*, più tardi dinanzi a qualsiasi magistrato (5). Così il diritto romano ci presenta tre sistemi: il sistema dell'acquisto mediante adizione; quello dell'acquisto *ipso iure*; infine quello di un regolamento giudiziale. E questi tre sistemi riscontransi nei varii codici moderni.

**31.** Nel diritto medioevale, in Germania (6) ed in Francia (7), e per certi statuti anche in Italia (8), s'introdusse la massima il *morto impossessa il vivo* (Der Todte erbt den Lebendigen; le mort saisit le vif; *mortuus* saisit vivum; *mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione*) (9). L'origine storica della massima è controversa. Si è sostenuto che derivasse da una falsa interpretazione del diritto romano (10); dal diritto feudale (11); da speciali istituti del diritto tedesco, e specialmente dalla Gewere. E l'ultima è l'opinione più diffusa (12). Ma qui sono estranee le discussioni storiche (13).

---

(1) § 7, Inst. *De heredum qualitate et differentia*, 2, 19. *Extraneus heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri*. Conf. Baron, *Pand.*, § 419; Windscheid, III, § 596; De Crescenzio, *Successioni* (diritto romano), n. 16 (sop. p. 8).

(2) L. 193, *De reg. iur.*, 50, 17. — Celsus, *Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continue sub tempus mortis extitissent;* L. 54, *De acq. v. omitt. her.*, 29, 2. Florentinus, *Heres quandoque hereditatem adeundo, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*. L. 138. *De reg. iur.*, 50, 17. Paulus, *Omnis hereditas quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur*.

(3) L. 13, *De suis et leg. her.*, 38, 16. Gaius, *In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt*. Conf. L. 6, § 5, *De acq. vel. omitt. her.*, 29, 2. Pel fondamento della successione dei *sui*, vedi nella *Introduzione*, II, n. 16, i testi che vi si riferiscono. I *sui* continuano il dominio del loro padre. L. 11, D. *De lib. et post.*, 28, 2, § 3. Inst. *De her. quae ab intestato*, 3, 1.

(4) § 2, Inst. *De her. qual. et diff.*, 2, 19; L. 89, *De leg.*, 30. Iulianus *Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent*. Gai. 2, 158. Conf. in generale per la successione dei *sui* Glüch, VI, p. 531. Windscheid, III, § 595. Vangerow, II, § 497. Baron, *Gesch. des Röm. Rechts*, § 161, *Pand.*, § 420. Sulla successione necessaria ed acquisto *ipso iure* dei *servi*, vedi Baron, l. c. — In ispecie sul *beneficium abstinendi* vedi Averan., *Interpret. iur.*, L. I, c. 9. — Per un confronto col diritto greco vedi Leist, *Graeco-italische Rechtsgesohichte*, p. 72 e segg.; Hermann, *Lehr. d. Griech. Antiquitäten*, III, § 64. Nel diritto attico i discendenti (che sono ἔγγονοι) prendono possesso dell'eredità in forza di un proprio diritto mediante ἐμβατεύσεις: essi come nel diritto romano son considerati come se avessero un diritto preesistente sul patrimonio famigliare, e chiunque avesse posto un ostacolo al loro possesso era convenuto con una propria azione possessoria (ἐξούλης δίκη), che ha un carattere generale *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis causa*. Invece gli altri successori *ab intestato*, e gl'istituiti (adottati) nel testamento debbono chiedere il possesso delle cose ereditarie dinanzi al magistrato. Vedi Leist, o. c., p. 72 e segg.

(5) L. 3, 4, *De iurisd.*, 2, 1; L. 36 pr. *Ad. Munic.*, 50, 1; § 11, Inst. *De bon. poss.*, 3, 9; L. 9, C. *Qui admitti ad poss.*, 3, 9. Conf. Leist in Glück, serie dei libri 37 e 38, seconda parte, p. 157 e segg.; Baron, *Gesch. d. R. R.*, § 163, *Pand*, § 421.

(6) Mittermaier, *Deut. Privatrecht*, II, § 466; Beseler, *Deut. Privatrecht*, II, § 152.

(7) Simonet, *Histoire et Théorie de la saisine héréditaire*, p. 107 e segg. Paris, 1852; Tiraquelli, *Le mort saisit le vif. Praef. Dec.*, II, p. 1. Venetiis, 1568.

(8) Riscontra specialmente *Statutum urbis Ferrariae*, Lib. II, 82; *Statutum urbis Veronae*, cap. 40; *Statutum Mutinae*, III, 42; *Statutum Sen.*, dist. 2, 161; *Statuto di Lucca*, pei soli immobili, 12, 13; *Statuto di Bussetto*, rub. 54.

(9) È questa la traduzione latina del motto francese dovuta al Tiraqueau († 1559), il quale la rannoda al decreto ducale milanese del 1432 come rivelasi dalle prime parole del trattato *Le mort saisit le vif. Id utique est, quod decretum Mediolanense..... dicit possessionem defuncti ipso iure transire et continuari in heredem, sine alia ulla apprehensione*. Tiraquelli, *Le mort saisit le vif. Praef.*, I, *Declaratio*, I. Questo decreto formò il cap. III del libro III delle *Constitutiones dominii Mediolanensis* del 27 agosto 1561. L'epigrafe è *De continuanda possessione defuncti*.

(10) Questa opinione si è fondata specialmente sulla L. 30 *Ex quibus causis*, 4, 6: Paulus *Possessio defuncti, quasi iuncta descendit ad heredem* (Mommseu legge *quasi iniuncta*). Cuiacio nel commento a questa legge dice che i dottori han visto in questa *accessio possessionis* il principio che il defunto trasmette il possesso ai suoi eredi; che questo errore, passato nei costumi, ha fatto nascere la massima volgare (*de via collecta*): *le mort saisit le vif*. Cuiac., Ad L. 30. *Ex quibus causis maior*. In. L. XII. Pauli *ad Edictum* (Vol. V, Op. comp., p. 276. Prato, 1838). Fra i moderni segue questa opinione Viollet, *Précis de l'Histoire du droit français*, p. 714. Paris, 1886. Conf. Savigny, *Possesso*, § 28, n. 4 (trad. ital. del Conticini. Napoli, 1840).

(11) Troplong, *Revue de législation*, 1839, vol. X, p. 155; Laurent, IX, 213. Contro questa opinione vedi Simonet, o. c., pagina 67 e segg.

(12) Beseler, l. c.; Mittermaier, l. c.; Walter, *Deutsch. Privatrecht*, § 412; Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, V, § 281; Simonet, o. c., p. 73 e segg. Un lavoro del Renaud nella *Critische Zeitschrift für R. Wissenschaft und Gesetzebung des Auslandes* (1847, 1848, vol. 19 e 20), che è assai reputato, e dichiarato eccellente da Leist, non mi è riuscito di conoscere, che dalla esposizione dello Chauffour (*Revue de législation et de jurisprudence*, tom. XXIX, a. 1847), e da quella dello stesso Leist in Glück, serie dei libri 37 e 38, parte II, p. 358-366. Erlangen, 1873. Fra gli scrittori più antichi vedi Heinecius, *Elementa iuris germanici*, II, X, p. 296. In rapporto in generale all'istituto della Gevere, che è molto controverso, vedi per l'esposizione delle varie teorie Walter, *Deutsche Rechtsgesch.*, II, § 528. Bonn, 1857; Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, vol. II, § 81. Leipzig, 1886.

(13) In rapporto al diritto romano-greco, secondo il Ciccaglione nel sistema dell'*Ecloga*, ove è data la comunione di di-

In rapporto al vigente Codice italiano specialmente importante è il diritto consuetudinario francese, dal quale la derivò il Codice francese del 1804. Ed il principio ebbe tanta influenza, che fu accettato anche nei paesi di diritto scritto, e fu esteso in questi anche al caso dell'erede testamentario, mentre nei paesi di diritto consuetudinario, che non ammettevano istituzione di erede, non si applicò che all'erede *ab intestato* o del sangue, in relazione all'altra massima: *Solus Deus facere potest heredem* (1). La dottrina francese anteriore al Codice fissò la teoria, che ebbe un nome tecnico di *saisine iuris*. E come si vedrà in seguito da essa deve muoversi per l'interpretazione del Codice francese, malgrado le modificazioni arrecate al diritto consuetudinario.

**32.** Fra i codici moderni hanno accettato il sistema romano dell'adizione il Codice sassone del 1863 (§ 2250) (2). Il Codice austriaco esige un regolamento giudiziario dell'eredità (ventilazione dell'eredità), § 797 e seguenti (3), con che si accosta al sistema pretorio della *bonorum possessio*. Il Codice prussiano ed il Codice francese hanno il sistema dell'acquisto *ipso iure*, e questo sistema seguono anche altri codici moderni (4). Nei progetti di un Codice unico per l'impero tedesco, il Mommsen accetta il sistema romano dell'adizione (5); il progetto ufficiale segue il sistema dell'acquisto dell'eredità *ipso iure* (6). *De lege ferenda* è viva la discussione se logicamente e praticamente debba preferirsi il sistema dell'adizione o quello dell'acquisto *ipso iure* (7).

**33.** In rapporto al Codice francese sono necessarie particolari considerazioni. L'art. 724 del Codice francese è così formulato: " Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquiter toutes le charges de la succession: les enfants naturels, l'époux survivant et l'État doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées „. Fermandoci alla prima parte di questo articolo, essa riproduce il principio già formulato in maniera analoga dal diritto consuetudinario e specialmente dalle consuetudini di Parigi (art. 318) e di Orleans (art. 301) (8). La dottrina francese del diritto consuetudinario, più vicina al Codice, senza dubbio in rapporto alla così detta *saisine*, rannoda ad essa parecchie conseguenze: e tra queste le fondamentali: 1° Che è trasmesso di diritto proprietà e possesso nell'erede; 2° Che in conseguenza egli anche prima di accettare, trasmette l'eredità acquisita ai suoi successori (9). Rannodandosi a queste basi storiche, la teoria dominante in Francia nell'interpretazione dell'art. 724 ritiene che simigliantemente nel diritto vigente francese proprietà e possesso si acquistino di diritto dall'erede all'epoca dell'apertura della successione, e che l'erede trasmette, anche prima dell'accettazione, l'eredità delata ed acquisita *ipso iure* (10). Ma taluni scrittori, e tra questi il Laurent, pur ritenendo che secondo il Codice francese si acquisti proprietà e possesso di diritto, negano che l'acquisto *ipso iure* della proprietà sia l'effetto dell'art. 724. Questo articolo si limita alla sola trasmissione del possesso: la trasmissione della proprietà è l'effetto del principio contenuto nell'art. 711: " La propriété des biens s'acquiert et se transmet par *succession*, par *donation entre-vifs* ou *testamentaire*, etc. „. Così si parla di una doppia *sesina iuris*: l'una riguardante la proprietà, l'altra il possesso (11). Io opino che a ragione la teoria dominante rifiuta questa distinzione, e che giustamente la si è giudicata in contraddizione dello sviluppo del diritto francese, che si rannoda da vicino alle teoriche degli scrittori, che hanno

---

ritto tra i membri della famiglia, pare possa dirsi che il passaggio dell'eredità avvenisse senza bisogno di adizione, *ipso iure*. Vedi Ciccaglione, *Diritto romano-greco*, in Digesto n. 20.

(1) Pothier, *Succ.*, Ch. III, lec. II (op. com., IV, p. 451). Accordarono la *saisine* anche all'erede istituito la consuetudine di Borgogna, e quella di Berry. Vedi Simonet, o. c., p. 130, 131, 145.

(2) « Chi è chiamato ad essere erede acquista l'eredità delata mediante adizione ». Il Codice sassone rispetto al possesso non riconosce trasmissione *ipso iure*, § 2288: « Il possesso sulle cose ereditarie non passa agli eredi, senza apprensione, mediante l'adizione della eredità ».

(3) *Cod. austriaco*, § 797: « Nessuno può d'autorità propria prendere possesso dell'eredità. Il diritto di succedere deve provarsi davanti al giudice, e da lui deve domandarsi l'aggiudicazione dell'eredità, ossia l'immissione nel legale possesso ». § 798: « Se e quando il giudice dopo la morte di alcuno debba agire di ufficio, quali cautele e termine debbano osservarsi nella ventilazione di una eredità pendente, è determinato con disposizioni speciali nella procedura giudiziaria, ecc. ». § 799: « Quegli che vuol prendere in suo possesso una eredità, deve dimostrare innanzi al giudice il titolo legale, se essa cioè gli competa per disposizione di ultima volontà, per patto successorio valido o per legge; e deve dichiarare espressamente che accetta l'eredità ». Questo sistema è antico in Austria. Vedi Stobbe, *D. Privatrecht*, V, § 281, n. 26, e gli autori ivi citati. Per una certa analogia col sistema della *bonorum possessio*, Leist in Glück, serie dei libri, 37, 38, parte II, p. 378 e segg.

(4) *Allg. Preuss. Landrecht*, I, 9, § 367: « Appena l'autore della successione è morto, o è dichiarato per morto, l'eredità si devolve a colui che vi è chiamato per una valida dichiarazione della volontà di lui, o in mancanza dalle disposizioni della legge ». § 368: « Egli consegue la proprietà dell'eredità, e con essa tutti gli annessi diritti e doveri, senza che abbia bisogno di presa di possesso ». Cod. francese, art. 724. *Bad. Landrecht*, § 724. Conf. pei Codici svizzeri che seguono questo sistema, Huber, *Schweiz. Privatrecht*, II, p. 347.

(5) Mommsen F., *Entwurfs eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, § 244. Braunschweig, 1876.

(6) *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deuts. Reich*, §§ 2025-2051. Quanto al possesso, il § 2052 dichiara che non si trasmette *ipso iure*. Su questo paragrafo vedi più innanzi, n. 43 in fine, nota 2. Per le ragioni vedi *Motive*, ecc., p. 486 e segg.

(7) Si dichiarò favorevole al sistema dell'acquisto *ipso iure* il 13° congresso dei giuristi tedeschi, malgrado il contrario parere di Mommsen, di Jung e di Randa. Vedi nei Motivi citati, p. 487. Vi si sono dichiarati favorevoli anche il Binding ed altri citati in Stobbe, o. c., § 282, n. 3.

(8) Cons. di Parigi, art. 318: « *Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder* ». Vedi Treilhard, *Esposizione dei motivi*, e Simeon, id. (traduzione italiana, vol. V, p. 57, 58, 201).

(9) Pothier, *Succ.*, Chap. III, Sect. II (opere complete, vol. IV, p. 451).

(10) Vedi i discorsi di Treilhard e Simeon già citati. Maleville, all'art. 724; Chabot, art. 724, n. 10; Toullier, IV, n. 82 e 90; Duranton, IV, n. 54 e segg.; Zachariae, IV, § 609; Aubry e Rau, IV, § 609.

(11) Laurent, IX, p. 257 e segg. Della stessa opinione Arntz, II, p. 34 e 35. Vedi anche Stabel, *Inst.*, p. 191.

trattato della massima: *Le mort saisit le vif* sotto l'impero del diritto consuetudinario francese (1). Tolta al principio dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità la base storica, derivata da quella massima, le argomentazioni derivate dall'art. 711 Codice francese (Laurent) (2) e quelle derivate dagli articoli 785, 787, 792, 793, 795 dello stesso Codice (Demolombe) (3) non sono sufficienti. E di ciò in seguito. E lo stesso principio della trasmissibilità della successione dal momento della morte (art. 781 Codice francese), che pure, e lo si vedrà anche meglio, può considerarsi come un effetto naturale dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, perde anche esso di efficacia, come prova del sistema, se si scinde dall'art. 724, cioè dalla vecchia massima *Le mort saisit le vif.*

Pei fini generali di una comparazione tra il diritto francese ed il diritto vigente italiano, sono necessarie ancora talune considerazioni. Il passaggio del possesso *ipso iure* (conseguenza dell'*investitura ereditaria* o *sesina iuris*) ha luogo in regola soltanto per gli eredi legittimi (art. 724 citato). I legatarii universali non ne godono: essi debbono chiedere il rilascio dei beni agli eredi legittimi (art. 1004). Solo se il testatore non lascia eredi legittimi aventi diritto a riserva, il legatario universale ha la *sesina iuris*, e non è tenuto a domandare il rilascio (art. 1006). A norma della seconda parte dell'art. 724 citato, i figli naturali, il coniuge superstite e lo Stato debbono farsi immettere nel possesso giudizialmente (confronta articoli 770, 773). Tuttavia è a notare che rispetto ai figli naturali tale immissione giudiziale nel possesso non ha luogo che in mancanza di eredi legittimi, coi quali il figlio naturale succede in concorso (art. 773), poichè nei casi di concorso con eredi legittimi egli deve domandare a questi il rilascio (4).

**34.** L'art. 724 del Codice francese fu riprodotto letteralmente, secondo la traduzione ufficiale, dal Codice napoletano del 1819: Art. 645: " Gli eredi legittimi acquistano *ipso iure* il possesso dei beni, dei diritti e delle azioni del defunto, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditarii. I figli naturali, il coniuge superstite e lo Stato debbono farsi immettere in possesso giudizialmente nei modi che verranno determinati " (5). Il Codice di Parma del 1820 arreca una modificazione al sistema del Codice francese, in quanto dà come regola che l'investitura ereditaria si abbia non pure negli eredi legittimi, ma anche negli eredi istituiti nel testamento: Codice parmense art. 782. " Il possesso dei beni, diritti ed azioni del testatore passa immediatamente dopo la morte di lui negli eredi per ministero di legge ". Solo come eccezione gl'istituiti debbono chiedere il possesso agli eredi aventi diritto a legittima: Art. 783 " Se però fra gli eredi istituiti, o in loro concorso vi sieno persone aventi diritto a legittima, il possesso si trasferisce in queste sole, salvo contro di esse l'azione a favore degli altri eredi istituiti per conseguire le loro quote, azione che sarà trasmissibile ai loro eredi ". Quanto alle successioni *ab intestato* sotto questo titolo era disposto (art. 821): " È trasferito dalla legge ai discendenti, ascendenti e collaterali per modo di non interrotta continuazione il possesso dell'eredità dal momento della morte o naturale o civile di quello, della cui successione si tratta "; Art. 822: " I figli naturali, il coniuge e lo Stato hanno bisogno di chiederne il possesso dal Pretore del luogo, in cui si è aperta la successione ". Il Codice sardo del 1837 innanzi tutto equipara gli eredi testamentarii ai legittimi in tutti i casi: in caso di concorso di parenti legittimi coi figli naturali e col coniuge, questi debbono chiedere ai primi il possesso. Quando figli naturali, coniuge superstite o Stato pretendono all'intera eredità, è ordinata una immissione in possesso in via giudiziaria. Art. 967: " L'immediato possesso dei beni, diritti ed azioni del defunto passa di pieno diritto nella persona dell'erede sia legittimo che testamentario, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditarii, senza necessità di prendere l'attuale possesso dell'eredità ". Art. 968: " I figli naturali però ed il coniuge, che avessero diritto ad una parte dell'eredità del defunto *ab intestato*, debbono chiederne il possesso ai parenti successibili ". Art. 972: " I figli naturali, il coniuge, ed il fisco, qualora pretendano di aver diritto all'intera successione intestata, debbono fare apporre i sigilli, e far procedere all'inventario nelle forme prescritte per l'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario. Essi debbono domandare al Tribunale di Prefettura, nella cui giurisdizione si è aperta la successione, l'immissione in possesso della medesima. Il Tribunale non può concedere l'immissione in possesso, che dopo tre pubblicazioni ed affissioni nelle solite forme, e sentito il pubblico ministero ". Le disposizioni del Codice sardo furono riprodotte nel Codice estense del 1851 negli articoli 942, 946, 947, 952. Riferisco il primo: " Il possesso dei beni, ragioni ed azioni del defunto passa immediatamente di pieno diritto nella persona dell'erede si legittimo che testamentario, coll'obbligo di soddisfare a tutti i debiti ereditarii, e senza necessità di prendere il materiale possesso dell'eredità. I figli naturali, che hanno diritto ad una parte di eredità *ab intestato*, debbono chiedere il possesso ai parenti successibili ". In questo articolo del Codice estense è a notare l'energica frase, poichè aggiunge alle rispondenti parole del Codice sardo l'avverbio *immediatamente*. In Toscana la legge del 18 agosto 1814 disponeva: articolo 3: " Nel momento della morte o naturale o civile di quello della cui eredità si tratta, il possesso dell'eredità medesima è trasferito dalla legge per modo di non interrotta continuazione nel successore legittimo ". In fine un diverso sistema seguì il Regolamento grego-

(1) Conf. Hureaux, *Succ.*, I, p. 236: questi dice che nel Codice francese è consacrata la teoria di Domat e di Pothier, che considerarono la *saisine* come modo di acquistare l'eredità legittima, ed in conseguenza la *proprietà* ed il *possesso* dei beni della successione. In generale il codice francese, secondo Hureaux, ha seguite le idee di Domat, Lebrun, D'Aguesseau e Pothier, o, come egli dice, della *scuola di associazione*, o. c., p. 246.

(2) Laurent, IX, n. 287 e segg.

(3) Demolombe, XIV, n. 264.

(4) Arntz, II, p. 32.

(5) Codice Napoleone tradotto d'ordine di S. M. il Re delle Due Sicilie. Edizione originale e sola uffiziale. Napoli, 1809: Art. 724. « Gli eredi legittimi acquistano *ipso jure* il possesso dei beni, dei diritti e delle azioni del defunto, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditarii. I figli naturali, il coniuge superstite e lo Stato devono farsi immettere in possesso giudizialmente nei modi che verranno determinati ».

**riano del 1834, il quale disponeva, sotto l'epigrafe dell'*accettazione e del possesso dell'eredità*, § 1536: " La eredità può essere accettata puramente e semplicemente, ovvero col beneficio dell'inventario "; § 1537: " Se il possesso è pieno, l'erede o il successore non potrà ottenere la immissione che in virtù di una sentenza del Tribunale civile, da emanarsi, citate le parti che vi hanno interesse nelle forme comuni agli altri giudizii. Il possesso è pieno, quando viene ritenuto ed occupato da altri, abbenchè senza titolo o diritto di possedere "; § 1538: " Se il possesso è vacante, l'erede o il successore legittimo potrà acquistarlo col mezzo di ordinanza del Tribunale civile da rilasciarsi in camera di consiglio, sopra semplice memoria, e senza veruna citazione ". Quanto alla rinunzia all'eredità era disposto: § 1565: " L'erede può rinunziare alla eredità che gli venne deferita, o mediante un atto di formale repudio, o dichiarando di volersene astenere, a norma dei casi preveduti dal diritto comune ".**

## § 6. — *Continuazione.*

35. Opinioni diverse sul sistema del Codice italiano in rapporto all'acquisto dell'eredità; della proprietà e del possesso delle cose ereditarie. — 36. Tradizioni italiane. — 37. Posizione della questione. — 38. Argomenti addotti ad esempio degli scrittori francesi per sostenere l'acquisto *ipso iure*. — 39. Argomento fondamentale derivato dall'art. 925. Si combatte la teorica del Precerutti. — 40. Argomenti per sostenere che non pure il possesso, ma la proprietà si acquisti *ipso iure* dagli eredi. Confutazione della teorica del Pacifici-Mazzoni. — 41. Continuazione. — 42. Argomento derivato dall'art. 939. — 43. I lavori preparatorii. — 44. Conclusione. — 45. Valore del sistema dell'adizione e dell'acquisto *ipso iure*. — 46. L'art. 927.

**35.** **Sotto l'impero del Codice civile italiano si disputa se il sistema adottato sia o no quello stesso del Codice francese, e dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, della proprietà e del possesso. Già il Precerutti, esponendo i principii del Codice sardo del 1837 ritenne che proprietà e possesso si acquistano soltanto mediante adizione (1). A questa teoria rannodansi sotto l'impero del Codice italiano il Gabba (2) ed il Paoli (3). Invece il Pacifici opina che a norma dell'art. 925 del Codice italiano passi all'erede *ipso iure* il possesso dell'eredità, ma che la proprietà dei beni non si acquisti che mediante l'adizione (4). Altri invece sostengono che anche il Codice italiano riproduca la massima del diritto germanico che l'eredità si acquista di diritto, e che passi di diritto nell'erede la proprietà ed il possesso delle cose componenti l'eredità (5). Il Chironi infine rifiuta amendue le teorie e sostenendone una sua propria, opina che la trasmissione che ha luogo per opera della legge contiene la investitura della qualità di erede, ma non definitiva, e solo in via presunta, niuno potendo essere erede contro la scienza e volontà sua; perciò la volontà dell'erede tale presuntivamente, deve confermare o togliere la presunzione con l'accettazione o la rinuncia (6).**

**36.** **Io credo che l'opinione sostenuta dal Precerutti sotto l'impero del Codice sardo si rannodi a tradizioni autorevoli del diritto piemontese, ma la questione (indipendentemente dal valore in sè del sistema dell'acquisto *ipso iure* e di quello dell'adizione) è in rapporto al Codice italiano, se questo ha consacrato il princi[illegible] quella tradizione o un altro. Già si è notato come p[illegible]chi statuti italiani riprodussero la massima che si acquisti di diritto proprietà e possesso. Ora ciò non era conforme alla tradizione romanista. La teoria più recente rifiutando quella di taluni glossatori (7) aveva anche pei *sui* ritenuto che mentre si acquistasse di diritto il *dominium*, non vi fosse pel possesso continuazione di diritto (8); ora si ammise che il possesso in forza di statuti continuasse, ma solo dopo l'adizione (9). Nel diritto piemontese un editto**

---

(1) Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, p. 658, vol. II. Torino, 1857.

(2) Il Gabba, dopo avere combattuto il principio contenuto nella massima *Le mort saisit le vif*, come affatto insostenibile, conclude: « che in qualunque legislazione e giurisprudenza, è e fu sempre verità riconosciuta o espressamente o coi fatti e nell'applicazione, se non colle parole e astrattamente, che il *diritto di successione*, in senso proprio, e contrapposto al *diritto di succedere*, non si acquista che dopo la morte del *de cuius*, al momento e pel fatto dell'adizione o accettazione della successione, benchè negli effetti suoi possa venire retrotratto fino al momento della delazione dell'eredità ». Vedi l'eccellente opera del Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. III, 2ª ed., p. 245-252. Torino, 1886.

(3) Paoli, *Delle successioni testamentarie*, p. 215. Segue la stessa opinione Losana, *Alcuni punti di diritto civile italiano. La massima Le mort saisit le vif*, p. 1-16. Torino, 1885; *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, p. 33 e segg. Torino, 1888. Conf. anche Bellavite, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile*, p. 335, 336. Padova, 1875.

(4) Pacifici, *Successioni*, V, p. 22-30, 46-51. Firenze, 1876; *Istituzioni*, vol IV, 3ª ed., p. 326-331 Firenze, 1887. Il Borsari, che dal Losana l. citati è considerato come sostenitore di questa stessa dottrina, non è così preciso parlando della natura e degli effetti della accettazione dell'eredità. Vedi Borsari, [illegible], § 2001. Torino, 1874. Anche il Polacco opina che il Codice italiano non abbia accettato il sistema del Codice francese, e che l'art. 925 si riferisca al solo possesso. Polacco, *Il diritto romano nel recente progetto di Codice civile germanico*, p. 24, n. 4. Padova, 1889. Estratto dagli *Atti e Memorie* della R. Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova, vol. V).

(5) Mattei, *Codice civile annotato*, articoli 925 e 926; Melucci, *Collazioni ed imputazioni*, vol. II; Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. III, p. 187, 191; Grossi, *Delle fonti e del vero concetto degli articoli 683, 863, 925, 926, 927 del Codice civile italiano. Archivio giuridico*, vol. XVI, pag. 361 e seguenti.

(6) Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, § 442, vol. II.

(7) Vedi specialmente *Glossa di Accursio* alla L. 11, *De lib. et post.*, 28, 2. Conf. Glossa alla L. 30, *Ex quibus causis*, 4, 6.

(8) Bartolo alla L. 10, *Ex quibus causis*, 4, 6 (vol. III, p. 143. Venetiis. 1580), ed alla L. 11, *De lib. et post.*, 28, 2 (vol. VII, p. 90. Venetiis, 1781; Baldo alla L. 30 citata; Paolo de Castro, alla L. 7. § 2, *Quod cuiusque univ.*, 3, 4; Angelo Aretino al § 1, Inst. *de hered. quae ab intestato def.*. 3, 1, etc. L'Aretino, formula la ragione, perchè mentre nei *sui* si continua il dominio, non si continua il possesso: *Et est ratio, quia possessio est quid facti. Et factum et animus requiruntur ad ipsam acquirendam: quod non contingit in dominio.*

(9) Postius, *De manutenendo, Observatio 55 An et quibus ex possessione auctoris, vel alterius competat manutentio.* Augustae

di Emanuele Filiberto (a. 1560), che sancisce la trasmissione del possesso *ipso iure* negli eredi (1), fu in questo senso interpretato dal Fabro (2). E nello stesso senso furono interpretate le costituzioni del 1770 (3) (4). Dall'altro lato non mancano tradizioni opposte (5). Lo statuto di Roma (*statutum Urbis*) aveva stabilito anche esso, ma pei soli *sui*, il trasferimento di diritto del possesso (6); ora la Rota romana da principio oscillò, tra l'interpretazione che la continuazione del possesso s'avesse ad intendere in seguito ad adizione, o dal momento della morte dell'autore della successione; ma più tardi si manifestò prevalente la giurisprudenza per l'acquisto *ipso iure* del possesso anche prima dell'adizione, in conformità dell'opinione di dotti ed autorevoli interpreti dello *Statutum Urbis* (7). E questa opinione fu tenuta dalla Rota sino a tempi più recenti, finchè durò in vigore lo statuto, ed anche sotto l' impero del regolamento gregoriano non mancano decisioni che confermano lo stesso principio (8). Duolmi che le esigenze di una trattazione generale non mi diano l'agio di fermarmi su questo punto storico di una grandissima importanza. Ma basta l'osservare che il principio dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità mostra una grande vitalità, perdurando a Roma, sotto l'impero dello statuto, pei *sui;* cioè nella sede stessa, ove ebbe origine il diritto romano, nel cui nome s'imponeva dalla dottrina come più razionale il sistema dell'adizione. Se non m'inganno, là dove si fu più fermo ai principii del diritto romano, si fu nel reame di Napoli, come parmi di potere rilevare dalle opinioni dei giuristi napoletani (9). Si riconobbe nei *sui* l'acquisto *ipso iure* del *dominium*, ma non la continuazione di diritto del possesso (10). Dall'altro lato nelle costituzioni modenesi del 1771 è esplicitamente sancito che il possesso ed il dominio del defunto continuano *ipso iure* negli eredi (11). Ma tornando al Codice sardo, non

---

Taurinorum, 1634. Nei numeri 24, 25 è esposto il diritto comune avvalorato da numerose citazioni di scrittori e decisioni della Rota romana. Al n. 54 è riferita l'eccezione degli statuti: *Limita septimo, ubi adest statutum, quod possessio defuncti intelligatur continuata in heredem absque alia apprehensione; quia illius vigore conceditur manutentio ex sola* ADITIONE. Ed anche qui seguono citazioni numerose di scrittori e decisioni della Rota romana.

(1) *Pource que par le passé se sont vus des grands procez, advenus à cause de ce, qu'après la mort de quelqu'un, son héritage étoit usurpé par plusieurs gens, avant que l'héritier en eût pu prendre la réelle possession, de sorte que, pour en pouvoir être jouissant, et étoit contraint de consumer bonne partie dudit héritage en procez, contre tout devoir et raison; a été ordonné que, soudain après la mort du défunct, la possession de tous les biens de son héritage sera transférée et continuée* ipso jure *en la personne de son héritier ou hoirs universels, lesquels seront tenus pour vrais possesseurs desdits biens, tout ainsi qu'étoit le défunct duquel ils sont héritiers, sans qu'il soit besoin qu'ils prennent autre actuelle et réelle possession. Et pouront iceux héritiers intenter tous tels remèdes du droit pour raison desdits biens, que peuvent intenter ceux qui sont spoliés des biens lesquels ils possedoient réellement et de fait.*

(2) *Codex Fabrianus*, Lib. VII, Tit. VII, Def. V. *Heres hodie est possessor ipso iure, sed ita demum si agnoverit hereditatem, non etiam ignorans aut invitus. — Quod moribus primum et generali locorum fere omnium consuetudine receptum, apud nos vero expressa etiam lege confirmatum est, ut ipso iure transeat ad heredem possessio rerum hereditariarum, quae ex iuris ratione, cum sit facti, ne in suos heredes transferretur, non ita accipiendum est, ut iis, cui lex hereditatem sive ex testamento, sive ab intestato detulit, hoc ipso fiat possessor hereditatis. Quid enim si heres esse nolit? Utique nemo dixerit factos hodie necessarios heredes eos, qui antea erant voluntarii; sed is sensus est, ut quandocumque secuta aditio sicut ad diem mortis retrotrahitur, ut nullo temporis momento hereditas iacuisse existimatur, ita faciat, ut cum hereditatis dominio possessio quoque rerum hereditariarum in heredem translata intelligatur, et sine ulla interruptione continuata. Cui consequens est ut interdicta omnia, tam quae ad retinendam, quam quae ad recuperandam possessionem pertinent, heredi competant post aditionem, ac si nec hereditas, nec possessio unquam iacuisset. Ita Senatus saepius. Et novissime in causa* De Sarde et De Monmayeur, 13 Cal. octob. 1512.

(3) *R. Costituzioni del 1770*, lib. V, tit. V, § 1. « Il possesso dei beni dell'eredità del defunto passerà e s'intenderà *ipso iure* trasferito nella persona dell'erede, sia legittimo che testamentario, senza necessità di prenderne l'attuale possesso ». § 5: « Se alcun altro, che pretendesse avere ragione sopra i medesimi, prendesse di essi il possesso, si avranno detti eredi per ispogliati realmente, e di fatto, e ad essi competeranno i rimedii tutti che possono di ragione competere ai veri possessori ». — Conf. Richeri, *Univ. civ. et crim. iurispr.*, Lib. II, Tit. XXIII, §§ 7623-7626.

(4) Alcuni statuti italiani sancirono testualmente che il possesso si trasferisse *ipso iure*, solo in seguito all'adizione. Così il decreto ducale di Milano del 1432, già ricordato, e lo *Statutum civitatis Fani*, lib. II, cap. 45. E ciò per l'influenza dei principii del diritto romano. Conf. Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. IV, p. 120. Padova, 1874.

(5) Riscontra sop. n. 31, nota 5, gli statuti ivi citati, e specialmente lo statuto di Ferrara, il cui testo sarà più innanzi riferito, pag. 405, nota 12.

(6) *Stat. Urbis a. 1588*, I, cap. 147. *Possessio quorumcumque bonorum testatorum vel ab intestato defunctorum in heredes suos tantum praesentium statutorum authoritate continuata censeatur, Senatorque et Iudices eosdem heredes in possessione manutenere et reducere iuris, et facti remediis opportunis omnino teneantur.* — Conf. Felzonius, *Annotationes in statuta sive ius municipale Romane Urbis*. Ad cap. 147. Romae, 1636. Constantinus, *Commentaria ad varia capita Statutorum Almae Urbis*. Ad cap. 147, vol. II. Parmae, 1773.

(7) Costantino (l. ed opera citata n. 27-34) riferisce la controversia se la manutenzione competa prima che l'eredità sia adita, se da un terzo fu preso possesso. Sono citati gli autori pro e contra, e le decisioni di Rota. Il Costantino con valide ragioni opina che si abbia l'azione di manutenzione, fondandosi sullo stesso Statuto, che considerò pei *sui* la *possessio* come *continuata*, e quindi per essi mai come *vacua*.

(8) Rot. Rom., Dec. 16 feb. 1838, *coram De Curtiis*, n. 11, 12; 8 giugno 1838, *coram idem*; 9 marzo 1840, *coram idem*; 1 marzo 1841, § 12, *coram idem*; 14 giugno 1841, *coram idem*, § 8; 19 gennaio 1846, *coram Quagli*. In quest'ultima decisione doveva giudicarsi secondo le regole del Codice francese, e si afferma che nè per questo nè pel diritto comune pontificio i *sui* avessero bisogno di adizione.

(9) Vivius, *Communes opiniones*. Op. 325, 801; De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, Dec. 299. Conf. Ciccaglione in *Digesto*, n. 169; Salvioli, *Storia del diritto italiano*, p. 471.

(10) De Marinis, *Juris Allegationes*, tom. III, All. 118, n. 8, 9.

(11) *Cost. modenesi del 1771*, lib. II, tit. 34, 19, 20.

mancarono scrittori che sostennero avere questo accettato il sistema del Codice francese (1), e lo stesso fu sostenuto anche sotto l'impero del Codice napoletano (2).

**37.** Ciò premesso, e fermato che non si può dire che nel periodo più prossimo all'apparire del Codice italiano si avesse una imponente e contraria tradizione storica italiana al principio dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, e della continuazione della proprietà e del possesso, e tale da determinare i compilatori del nuovo Codice ad allontanarsi dal sistema del Codice francese, io opino che la questione in rapporto al Codice italiano debba essere principalmente risoluta in maniera dommatica, cioè con argomenti derivati dalle disposizioni stesse del Codice ed avvalorate dalla ricerca del pensiero dei compilatori di esso. In altri termini è a vedere se il sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, della continuazione della proprietà e del possesso, che è il sistema del Codice francese, sia stato accettato dal Codice vigente.

**38.** Si potrebbe invocare innanzi tutto, seguendo l'esempio del Laurent e dell'Arntz, l'art. 710 del Codice italiano che dice *la proprietà e gli altri diritti reali si acquistano e si trasmettono per successione* (conf. art. 711 Codice francese) per provare che non vi sia bisogno di adizione o di accettazione per acquistare la proprietà delle cose ereditarie; poichè nell'art. 710 niuna formalità è stabilita per tale acquisto (3). Ma questo argomento per se stesso è debole; in fondo è indicata la successione come un modo di acquisto nell'art. 710; ora anche nel diritto romano la successione è un modo di acquisto (universale o particolare), eppure nel caso di successione universale, salvo pei *sui*, è necessaria l'*aditio* (4). Il principio adunque contenuto nell'art. 710 non contraddice al sistema dell'adizione (5).

Isolatamente preso nemmeno l'argomento derivato dalle disposizioni del Codice, nelle quali si parla dell'*erede* anche prima dell'accettazione, prova che l'acquisto dell'eredità ed in conseguenza della proprietà delle cose ereditarie avvenga *ipso iure* (articoli 947, 951, 953, 955-962) (6). Anche nel diritto romano chi è chiamato alla successione è designato come *heres*, anche prima dell'*aditio*. Valga tra i tanti testi che si potrebbero allegare il seguente di Gaio: *Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda* (Gai., II, 162).

Indubbiamente più forte è l'argomento che si deriva dall'art. 939. Mentre nel diritto romano in regola non si trasmette la delazione, ed i casi di trasmissione sono pure eccezioni (7), nel diritto odierno la trasmissione è di regola. E come nel diritto romano i *sui* che acquistano *ipso iure* l'eredità e continuano il dominio, trasmettono il loro diritto ai successori (8), così avviene per diritto odierno in rapporto a tutti gli eredi. Ma questo stesso argomento è fortissimo argomento, ove si rannodi al significato tradizionale della massima il *morto impossessa il vivo* (9); ma isolatamente preso non è nemmeno un argomento perentorio. Poichè potrebbe dirsi, e si è detto, che non è conseguenza assoluta del sistema dell'adizione la non trasmissibilità della delazione: che i casi eccezionali di trasmissione della delazione nel diritto romano sono diventati per equità la regola nel diritto vigente; e che difatti nell'art. 939 è detto che si trasmette il *diritto di accettare* (10). Così nel Codice austriaco, che non accetta il sistema dell'acquisto *ipso iure*, trasmettesi la delazione, e con essa il diritto di adire o di ripudiare l'eredità (§§ 597, 809); simigliantemente nel Codice sassone, che come si è notato accetta il sistema romano dell'adizione, il diritto di accettare o di rinunziare all'eredità si trasmette agli eredi (§ 2010); e così pure nel progetto del Mommsen che segue lo stesso sistema (§ 10) (11).

**39.** A mio parere l'argomento fondamentale, per ritenere che nel Codice italiano siasi accettato il sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, si deriva dall'art. 925, la cui norma è la riproduzione e traduzione della massima *mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione*. L'art. 925 dice: " Il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede ". V'ha intima relazione logica tra l'art. 925 e l'art. 923: al momento dell'apertura della successione, che è il momento della morte, il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede (12). A ciò contraddice espressamente la teorica di coloro, che considerano che la continuazione del possesso del defunto si operi in seguito ad accettazione. E ciò è confermato dall'art. 926: " Se altri, che pretenda avere diritto sopra

(1) Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, p. 205. Napoli, 1848. — Pastore, *Commento al Codice civile sardo*, art. 967, vol. IX. Torino, 1843.

(2) Cangiano, *Lezioni di diritto positivo*, volume II, pag. 15. Napoli, 1842.

(3) Conf. sop. n. 33.

(4) § 6, Inst. *Per quas personas nobis adquir.*, 2, 9; Gai, II, § 97.

(5) Pacifici, *Succ.*, V, p. 24.

(6) Pacifici, l. c.

(7) I casi eccezionali di trasmissione sono quattro: 1° la così detta *transmissio ex capite in integrum restitutionis*; 2° la così detta *transmissio ex capite infantiae* o *ex iure patrio*; 3° la così detta *transmissio Theodosiana*; 4° la così detta *transmissio Iustinianea*. — Conf. su questi casi di trasmissione Arndts, *Pand.*, §§ 512-516; Baron, *Pand.*, § 424; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 600, 601. De Crescenzio, *Successione* in Digesto, pagina 271-275.

(8) La così detta *transmissio ex capite suitatis*, ma questa non è una eccezione alla regola della intrasmissibilità della delazione, poichè i *sui* acquistano l'eredità *ipso iure*. Vedi Arndts, Baron, l. c.

(9) Renaud, *Le mort saisit le vif*. (Analisi ed in gran parte traduzione di Chauffour, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, XXIX, a. 1847, p. 83, 84).

(10) Pacifici, *Succ.*, V, p. 25.

(11) Vedi Mommsen, *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über d. Erbrecht*, p. 139. Braunschweig, 1876.

(12) La teorica che a mio parere rivelasi nell'art. 925 è nettamente espressa con parole analoghe a quelle usate dal Codice dallo Statuto di Ferrara, lib. II, 82: *Statuimus et ordinamus quod possessio defuncti censeatur translata in heredem unum, vel plures ipsius defuncti a morte ipsius et ante aditionem hereditatis, seu apprehensionem factam per heredem ipsius hereditatis, et si alius prius occupasset eam, vel eius partem aliquam, et quod ex ea possessione sicut supra translata tribuantur, seu competant quaelibet interdicta et remedia possessoria etiam recuperandae*. In queste parole dello Statuto ligansi intimamente i concetti espressi negli articoli 923, 925, 926 del Codice vigente.

i beni dell'eredità, ne prenda possesso, gli eredi si hanno per ispogliati di fatto, e possono esercitare le azioni tutte che competono ai possessori legittimi „. L'erede adunque dal momento della morte dell'*auctor successionis*, dal momento dell'apertura della successione, acquista il *possesso legittimo*, e con ciò le azioni possessorie, l'azione di manutenzione e quella di spoglio (1). Il Pacifici nota anche a ragione che il passaggio del possesso anteriore alla accettazione è presupposto negli articoli 952, 959, 962 (2). Qui il possesso reale si contrappone al possesso di diritto (3), e non al puro diritto di possedere: è presupposto il possesso dell'eredità indipendentemente dalla detenzione. La teorica quindi del passaggio del possesso al momento dell'adizione è secondo il Codice vigente insostenibile. E ciò è anche comprovato dalla considerazione, che ritenuto il passaggio del possesso all'erede sol mediante l'adizione, inutile sarebbe l'art. 925, bastando per la continuazione del possesso del defunto nell'erede l'art. 693 (4).

(1) Nel diritto comune medioevale, ritenendosi come si è visto, che nemmeno nei *sui* il passaggio del possesso avvenisse *ipso iure*, l'azione di manutenzione (*mandatum de manutenendo*) non era data all'erede prima dell'immissione in possesso. Vedi Postius, *De manutenendo*. Augustae Taurinorum, 1634, Observ., 55, pag. 22-26. Taluni statuti considerarono continuato il possesso del defunto nell'erede, ma solo dopo l'adizione. Così chiaramente lo Statuto di Fano. Fu questa una transazione tra il principio romanista dell'adizione e quello dell'acquisto *ipso iure*, e da taluni scrittori se ne fece una teorica generale. Così il Postio già citato, dopo avere esposta la regola del diritto comune che il possesso non si continua nell'erede *absque apprehensione*, pone l'eccezione: *Ubi adest statutum, quod possessio defuncti intelligatur continuata in heredem absque alia apprehensione, quia illius vigore conceditur heredi manutentio ex sola aditione.* Vedi Post., l. c., n. 54, con gli autori e le decisioni ivi citati. Ed in conformità di questa teorica di transazione col principio romano, allo *spoliatus* si negò l'*interdictum* o il *remedium recuperandae possessionis*. Vedi Vivius, *Communes opiniones*, op. 801; De Afflictis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neap.*, Dec. 299. Ma questa dottrina non è applicabile a tutti gli Statuti: già si è visto come contraddica espressamente allo Statuto di Ferrara già riferito, e contraddice anche ad altri Statuti (così allo Statuto di Modena, III, 42). A Roma sotto l'impero dello *Statutum Urbis* (vedi sop. n. 36) acquistando i *sui ipso iure* il possesso dal momento della morte del padre, ebbero e l'azione di manutenzione e l'*actio spolii*. Constantinus, *Com.*, ad. cap. 147, n. 18-25, vol. II. La dottrina è così nettamente formulata da questo scrittore, che è utile riferirne le parole testuali, sopprimendo solo per brevità le lunghe citazioni di scrittori e di decisioni: « *Possessio vigore Statuti Urbis est continuata in heredem suum absque alia apprehensione: et quidem tam possessio civilis, quam naturalis vigore Statuti tamquam sagitta volans a defuncto in heredem, statim in vim Statuti transfertur; itaut heres dicatur habere corporalem possessionem, licet non actualem. Ideoque ex tali continuata possessione per Statutum competit heredi suo etiam manutentio absque alia apprehensione positiva possessionis. Itaut pro manutentione filiorum suorum in possessione bonorum vigore huius Statuti non sit opus in illis actu positivo apprehensionis, vel alio, ex quo appareat, voluisse acceptare possessionem, dum pro manutentione sat est sola possessio per Statutum continuata...... ... Et merito ex dicta possessione translata, ac continuata per Statutum conceditur manutentio heredi suo, ex quo talis possessio statutaria, licet acquisita per modum fictum, est vera, et efficax, et operatur quoad omnes iuris effectus, ac si esset corporaliter et vere acquisita. Adeo ut si possessio bonorum hereditariorum fuerit ab aliis occupata, competet etiam actio spolii pro reintegratione in vim possessionis continuatae per Statutum.* Ed ora per citare una legge più recente, lo stesso concetto chiaramente formulato si ha nelle *Costituzioni modenesi del 1771*, lib. II, tit. 34, 19, il cui testo avrò occasione di riferire più innanzi.

(2) Pacifici, *Succ.*, V, p. 49.

(3) Il possesso trasferito *ipso iure* e senza apprensione dal defunto all'erede è la *civilissima possessio* del diritto medioevale. Pare che tal denominazione si debba a Baldo. Tiraq., *Le mort saisit le vif*, Dec. VII, n. 4. Fu anche detta *possessio artificialis*, ed è un *nomen magistrale*. Tiraq., o. e l. citati. Oinot, *Inst.*, ad § 5. *De interdictis*, 4, 15, n. 89. Il card. De Luca la chiama *ficta possessio*. Card. De Luca, *Theatrum veritatis*, Lib. IX, pars. II, *De herede et hereditate*, Disc. XXVI. Ed a tale *civilissima, artificialis, ficta possessio*, è contrapposta la *vera* o *realis possessio*. Ma del resto tale specie di *possessio* (*civilissima*) non è considerata come specie diversa dalla *civilis possessio*: si differenzia da questa sol pel modo di acquisto, in quanto non è necessaria l'*apprehensio*. Vedi Tiraq., l. c., Oinot, l. c., ed il passo precedentemente riferito di Costantino. Il *possesso reale* degli articoli 952, 959, 962 è il possesso che si ha non puramente *ex dispositione legis* (art. 925). ma anche *realmente*, cioè *corpore*, nella fisica relazione della persona alla cosa.

(4) Una completa illustrazione di questo articolo qui non può aver luogo. Rifiutandosi, come già si è notato, la continuazione del possesso *ipso iure* nei *sui* (accettata da taluni glossatori, conf. sop., n. 36, note 7, 8), la L. 30, *Ex quibus causis*, 4, 6, fu riferita all'usucapio: il testo della legge è il seguente: *quia possessio defuncti quasi iuncta* (secondo le edizioni glossate *iuncta*) *descendit ad heredem, et plerumque nondum adita hereditate completur.* Bartolo a questa legge dice: *Quidam dicunt hic loqui de herede suo. Tu dic quod possessio nunquam continuatur ipso iure, ut in contrario; et quod hic dicitur verum est quoad usucapionem, quia continuatur et perficitur hereditate iacente.* I romanisti moderni rannodano la regola data nella citata L. 30 alla così detta *accessio possessionis*; ma in rapporto all'erede, vi ha una grave controversia. Taluni giuristi ritengono che l'erede continua il possesso del defunto senza bisogno di *apprehensio*, purchè si tratti di *vacua possessio*, cioè che altri nel tempo intermedio non abbia preso possesso; altri all'opposto che sia necessario l'*apprehensio*; v'ha infine una opinione intermedia, cioè che l'erede non abbia bisogno di apprensione se il tempo della usucapione fu compiuto prima dell'*aditio*, ma se non fu compiuto, l'erede dovrà prendere possesso per avvalersi dell'*accessio possessionis*. Vedi Vangerow, *Pand.*, I, § 322, ann. I, De Crescenzio, *Sist. di diritto civile romano*, II, § 473. Annot. È nota anche la viva controversia se nel possesso sia possibile successione, trasmissione. Vedi anche Vangerow, § 202. Conf. Savigny, *Possesso*, §§ 5, 28, Randa, *Der Besitz nach österreichischen Rechte*, § 15. Il Dernburg (*Pand.*, I, § 221) parla di *successione nella usucapione* per gli eredi, di *accessione* nei successori singolari. Per la relazione della teorica dell'*accessio possessionis* al diritto antigiustinianeo nelle relazioni dell'*interdictum utrubi* vedi Vangerow, luogo citato, Arndts, *Pand.*, § 161. — Ora quanto al diritto odierno italiano è da notare che il Codice francese ha sotto il titolo della prescrizione la disposizione che regola l'*accessio possessionis* o la continuazione del possesso in rapporto alla usucapione: art. 2235. « Per compiere la prescrizione, può il possessore unire al proprio possesso quello del suo autore, in qualunque modo gli sia succeduto, sia a titolo universale o particolare, sia a titolo lucrativo od oneroso ». Tale disposizione fu letteralmente riprodotta dal

**40.** Così dimostrato come secondo il Codice vigente passi il possesso *ipso iure* dall'epoca dell'apertura della successione, e quindi rifiutata la teorica sostenuta già dal Precerutti, resta a vedere se sia invece vera l'opinione del Pacifici, cioè che la proprietà delle cose ereditarie si acquisti solo mediante l'accettazione. Innanzi tutto è da osservare che il problema è formulato più esattamente dicendo, se si acquisti l'eredità, il carattere di erede *ipso iure*, o sol mediante accettazione. Imperciocchè la continuazione del dominio, come dei diritti e delle azioni del defunto, è l'effetto di questo acquisto. Ora che il sistema del nostro Codice non sia il sistema dell'adizione del diritto romano è innanzi tutto provato da ciò che il nostro Codice non regola la condizione giuridica dell'eredità tra il tempo della delazione e quello della accettazione; come faceva il diritto romano con l'istituto dell'*hereditas iacens*. Il Codice vigente (art. 980) ed il Codice francese (art. 811) preveggono due casi di eredità giacente, cioè quando l'erede non sia noto od abbia rinunziato. Il caso fondamentale, che l'erede non abbia ancora accettato non è previsto (1); e non è previsto perchè l'erede esiste anche prima dell'accettazione ed è proprietario e possessore dei beni ereditarii. Così si nota che nel diritto tedesco non v'ha *hereditas iacens*, per effetto dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità (2), e che nel diritto prussiano non vi ha eredità giacente propriamente detta (3). Si vedrà in seguito come io pensi che nel nostro Codice sianvi anche altri casi di eredità giacente e più proprii, oltre a quelli indicati dall'articolo 980, ma se essi non son compresi in questo articolo si deducono dagli art. 857-861; ma invece il caso tipico dell'erede, che non abbia ancora accettato, è escluso dal testo dell'art. 980, nè vi ha altra disposizione del Codice che possa farlo argomentare.

**41.** Inoltre l'art. 925 nella sua formula come è data nel diritto vigente ha un significato storico e tradizionale. Esso si rannoda all'acquisto *ipso iure* dell'eredità; la continuazione del dominio è concetto anche romanista, la si sancì pei *sui;* è pel possesso che secondo l'opinione dominante i principii puri del diritto romano non sono applicabili, considerandosi che nel possesso come *quid facti*, non vi ha continuazione, non vera successione, nè traslazione (4). Nello stesso diritto italiano le leggi che sancirono la massima genuina e senza transazioni, il *morto impossessa il vivo*, rannodarono l'acquisto *ipso iure* del possesso all'acquisto *ipso iure* dell'eredità, cioè della proprietà e dei diritti tutti compresi nella successione universale (5). Ora è assai più naturale l'interpretazione dell'articolo 925 considerandolo come conseguenza del sistema

---

Codice napoletano (art 2141), e con leggiera varietà di redazione dai Codici parmense ed albertino (art. 2356 C. p., 2370 Codice albertino). Ma nella dottrina la disposizione contenuta nell'art. 2235 già citato si completa con l'art. 724, in quanto l'erede continua di diritto il possesso del defunto, e per i legatarii universali ed a titolo universale che non hanno la *sesina iuris*, ritiensi che essi non potendo avere un diritto maggiore del loro autore, pur continuano il possesso del defunto; e quindi se dal defunto è posseduta una cosa a titolo precario, nemmeno il legatario universale o a titolo universale può prescrivere (art. 2237 Codice francese). Vedi Arntz, *Droit civil français*, IV, n. 2020, 2025. Conf. Duranton, XXI, n. 298; Zachariae, I, §§ 185, h., 215 c., n. 16; Aubry e Rau, § 216, n. 9, 10. E poichè a norma dell'art. 23 Codice di procedura francese per intentare l'azione possessoria è necessario il possesso continuo di un anno, è riconosciuto che il possessore può congiungere al suo possesso quello dell'autore. Vedi Aubry e Rau, § 188. Il Codice civile italiano, raccogliendo sotto un proprio titolo le norme del possesso, dà nell'art. 693 una norma generale riguardante la continuazione del possesso nel successore universale, ed in conseguenza applicabile sia all'azione di manutenzione in rapporto al computo dell'anno del possesso (art. 694), sia in rapporto al tempo necessario per la prescrizione. L'art. 693 disponendo: « Il possesso continua di diritto nella persona del successore a titolo universale » esprime chiaro il concetto che non vi sia bisogno di *apprehensio* da parte dell'erede; e questo articolo per sè solo potrebbe accordarsi con la teoria che il possesso si acquisti di diritto sol dopo l'adizione, e, posto questo sistema, sarebbe sufficiente. L'art. 925 adunque ha la sua ragion d'essere solo nel presupposto dell'acquisto *ipso iure* del possesso al momento stesso dell'apertura della successione. Aggiungo infine che ciò fu avvertito dalla Corte di appello di Casale nelle sue osservazioni al progetto di revisione del Codice sardo, compilato dal Cassinis. Come si vedrà più innanzi (p. 409, n. 1) il progetto Cassinis dava una formula nell'art. 1076, che a mio parere avrebbe sancita la teorica del passaggio della proprietà e del possesso solo mediante adizione. Questo articolo fu criticato dalla Corte di appello di Casale, e qui non è il caso di vedere se tutte le sue osservazioni siano fondate. In ogni modo è importante la osservazione che la Corte fece, cioè che posto il sistema di far passare il possesso in seguito ad accettazione, si sarebbe potuto sopprimere l'art. 1036, bastando l'art. 804 del progetto, corrispondente all'art. 893 del Codice italiano. Vedi *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, 2ª edizione ufficiale, vol. V, p. 586-588. Roma, 1890.

(1) § 2, Inst. *de hered. instit.*, 2, 14: *nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri sed defuncti.*

(2) Mittermaier, *D. Privatrecht*, II, § 400; Stobbe, *D. Privatrecht*, V, § 282, III.

(3) Dernburg, *P. Privatrecht*, III, § 100; Eccius, *Preussisches Privatrecht*, IV, p. 552-553; Förster, *Theorie und Praxis des gem. Preuss. Privatrecht*, IV, p. 264 (2ª ed.); Koch, *Das Preussiches Erbrecht*, p. 537, 730; Gruchot, I, 58 e seg. Conf. più innanzi § 17.

(4) Conf. sop. p. 403, n. 8, p. 404, n. 1. È questa ancora l'opinione dominante. Savigny, *Poss.*, § 5; Randa, *Der Besitz nach österr. Rechte*, § 15; Vangerow, *Pand.*, I, § 202; Windscheid, *Pand.*, I, § 153, n. 10. Ma recentemente questo domma giuridico è stato combattuto. Vedi Brinz, *Pand.*, I, §§ 137, 138, 2ª edizione, e *Jahrb. des gem. d. Rechts* di Bekker e Mühter, vol. III, pagine 16-56; Pininski, *Der Thatbestand des Sachbesitzgerwerbs nach gemeinen Recht*, vol. II, p. 1-67. Leipzig, 1888. — In rapporto al Codice italiano, io ho già sostenuto in altro scritto che il possesso è un diritto (conf. la mia *Enciclopedia giuridica*, § 49, 3ª ed. Napoli, 1885), e quindi niuna difficoltà ad ammettere la continuazione e la successione in esso.

(5) Quantunque limitato ai *sui*, ricordo qui di nuovo lo *Statutum Urbis*, cap. 147. Conf. sop. p. 406, nota 1, l'esplicazione del Costantino. Nello *Statuto di Modena*, III, 42 è detto: *Filii et heredes etiam extranei cuiuslibet personae intelligantur ipso iure possidere bona defuncti, quae defunctus tenebat tempore mortis, ac si statim eo mortuo, corporalem heres apprehendisset possessionem bonorum.* E sancirono espressamente l'acquisto *ipso iure* dell'eredità, della proprietà e del possesso, continuando le tradizioni modenesi, le Costituzioni modenesi già citate del 1771, il cui testo è una storica ed autorevole interpretazione dell'art. 925 del Codice vigente, e che malgrado la sua lunghezza è qui opportuno riferire testualmente: Lib. II, Tit. 34, 19. « Il possesso di tutti i beni lasciati dal defunto s'im-

dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, che non andando a ricercare ragioni nuove, non poggianti su positive disposizioni del Codice, anzi male in accordo con talune espresse regole dello stesso, come quella dell'art. 980 citato. E ciò specialmente contro l'opinione del Pacifici. Il passaggio *ipso iure* del possesso sarebbe una garentia per gli eredi, anche prima dell'accettazione (1). In altri termini il possesso sarebbe una conseguenza del *diritto di accettare*. Io non discuto qui il valore logico di questo sistema; potrei osservare che, dato il concetto di accordare il possesso agli eredi come garentia del diritto di accettare, si sarebbe meglio dovuto accordare loro un'azione per acquistare il possesso (un *interdictum adipiscendae possessionis* in analogia dell'*interdictum quorum bonorum*); ma in ogni modo questo a me non pare il sistema seguito dal Codice.

**42.** Con ciò anche l'argomento derivante dall'art. 939 conserva la sua originaria forza. Imperciocchè è vero che questo articolo può essere interpretato nel senso che si trasmetta solo la delazione o il *diritto di accettare;* ma la trasmissione che è un *ius singulare* nel diritto romano nel caso dell'*heres extraneus*, è conseguenza necessaria dell'acquisto *ipso iure* nel caso dell'*heres suus* (2). Tale connessione si trova in tutte le legislazioni che hanno accettato il sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità (3); così specialmente nel Codice francese (4), e così io penso anche nel Codice italiano.

**43.** Si è notato dal Pacifici che i lavori preparatorii del nostro Codice sono scarsi di dichiarazioni che manifestino il pensiero dei compilatori (5). V'ha però, ed è citato dal Pacifici, un passo della Relazione del Pisanelli (6), ove è detto che il passaggio *ipso iure* del possesso *meglio risponde alla continuazione della personalità del defunto nella persona dell'erede*. Il Pacifici, affermando che nel nostro diritto la continuazione della persona del defunto si ha soltanto mediante l'accettazione, opina che dalla Relazione Pisanelli possa trarsi un argomento favorevole alla dottrina, secondo la quale il possesso dei beni si acquisterebbe *ipso iure* nel momento dell'acquisto della proprietà, cioè al momento dell'accettazione. Ma se argomento vuol trarsi dalla Relazione Pisanelli, essa conferma la nostra dottrina. E difatti il Pisanelli riproduce un argomento che è portato dai sostenitori del sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, in quanto con l'acquisto *ipso iure* della stessa la *continuazione della personalità del defunto* non soffre alcuna interruzione durante il tempo dell'*hereditas iacens*. Ed il pensiero del Pisanelli di riprodurre nel Codice italiano questo sistema, che è il sistema del Codice francese, a me sembra ancora rilevarsi dalla risposta dello stesso Pisanelli al deputato Ninchi nella seduta del 17 febbraio 1865 (7). In ogni modo non vi è alcuna parola per fare indurre che i compilatori del Codice civile italiano, e sarebbe stato agevole il farlo, volessero riprodurre

tenderà continuato *ipso iure* nell'erede o negli eredi del medesimo dal momento della di lui morte, e prima ancora che sia seguita l'adizione dell'eredità. Dovrà perciò riguardarsi per turbativo, nullo ed attentato il possesso degli stessi beni, che fosse dato, preso od occupato da qualunque altro, fuorchè in nome, o di commissione dell'erede, a favore del quale dovrà per conseguenza ordinarsi la manutenzione, o immediata reintegrazione coll'esclusione di qualunque altro, che non avesse la qualità ereditaria, a cui non potrà in modo alcuno giovare qualsivoglia motivo o titolo per sostenere il possesso occupato, o per conseguirlo, salvo soltanto ciò che verrà in appresso stabilito ». 20: « La stessa continuazione del defunto nell'erede avrà luogo nei termini espressi di sopra quanto al diritto di dominio e proprietà, che competeva al defunto anche nel caso che il possesso naturale si trovasse presso di altri a titolo di uso, godimento, o usufrutto, il quale si accrescerà all'erede, morto che sia l'usuario od usufruttuario, o spirato in qualunque altra maniera l'uso ed usufrutto, senza che intanto possa impedire *il passaggio e continuazione ipso iure del dominio e proprietà suddetta nell'erede*, a cui si dovrà la manutenzione nel *gius* dello stesso dominio a qualunque effetto, ed anche a quello di unire allo stesso il naturale possesso, quando se ne aprisse il luogo preferibilmente a chiunque altro, che non vestirà il titolo di erede del defunto; senza pregiudizio per altro delle ragioni di chicchessia da sperimentarsi in congruo giudizio petitorio ».

(1) Pacifici, *Succ.*, V, p. 49.

(2) Conf. sopra num. 38.

(3) Conf. Mittermaier, *D. Privatrecht*, II, § 166; Stobbe, *D. Privatrecht*, V, § 282, IV. — Pel diritto prussiano, Dernburg, III, § 217.

(4) Cod. franc. art. 281, Cod. nap., art. 698, Cod. parm., art. 384, Cod. sardo, art. 994, Cod. estense, art. 968.

(5) Pacifici, *Succ.*, V, p. 47.

(6) Relazione Pisanelli, 121. « Fu appena elevato il dubbio quale dei due sistemi dovesse accogliersi, tra quello che fa passare di diritto il possesso dei beni negli eredi, come dispongono, ad imitazione del francese, i Codici italiani, e quello della ventilazione ereditaria adottato dal Codice austriaco, secondo il quale il possesso vien dato agli eredi per autorità di magistrato. — Prevalse senza difficoltà il primo sistema, che risponde meglio al concetto della continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi che lo rappresentano, e si mostra inoltre più conforme ai costumi della maggioranza dei cittadini. Ripugna che un figlio sia tenuto a chiedere al magistrato il possesso dei beni devolutigli per successione, quel possesso che nella maggior parte dei casi egli già ritiene di fatto. Il possesso dei beni passa adunque di diritto nella persona dell'erede, sia legittimo sia testamentario. Vedi Gianzana, *Collezione* ecc., I, p. 80, 81.

(7) Il deputato Ninchi disse: « Sembrami che questo Codice includa alcuni errori di giurisprudenza generale, e di questi farò menzione qui in una parte distinta. Avverto che alcuni di questi errori si riscontrano anche nel Codice francese e negli altri che sono stati impressi sul suo stampo. È un errore il dire che il possesso passi *ipso iure* dal defunto all'erede. Che cosa è il possesso? Il Codice lo definisce la detenzione ed il godimento di una cosa materiale o di un diritto. Ma se il godimento è la detenzione di una cosa, se è un fatto, come può trasferirsi *ipso iure* dal defunto all'erede? Ho sempre inteso che i diritti si possono per virtù di legge trasferire, ciò che si fa per una finzione, ma nelle cose di fatto la finzione non è possibile, perchè la realtà naturale protesterebbe contro la finzione legale; ciò che non è un fatto, non può essere un fatto. Questo è tanto vero che lo stesso Codice nell'articolo successivo dice: *se però qualcuno possiede l'eredità, l'erede avrà l'interdetto ecc.* Non è dunque vero che il possesso dell'eredità *ipso iure* si trasferisce all'erede. Questi sono i principii della nostra giurisprudenza. Il dominio si trasferisce *ipso iure* nell'erede mercè dell'adizione che si opera con un semplice atto di volontà, e questa traslazione è speciale nella materia, perchè in tutti gli altri casi il dominio non si trasferisce che per mezzo del possesso, ossia della tradizione; mi pare quindi che il possesso non si possa nè si debba trasferire ». Qui non occorre rilevare parecchie inesattezze che si contengono in queste parole nei rapporti del diritto moderno. Il Ninchi dimenticò il famoso principio accettato nel diritto

**la teoria romana dell'adizione (1), non una parola che accenni al sistema, propugnato dal Pacifici, dell'acquisto del puro possesso. E si noti che questo sistema sarebbe affatto nuovo: avrebbe ammesso il passaggio del possesso e non della proprietà; quando gli attacchi più fieri dei romanisti specialmente si dirigono contro la continuazione del possesso, appunto per la teoria comune romana del possesso come un puro fatto. È per tale teoria che nel nuovo progetto di Codice civile tedesco, mentre si dichiara che la proprietà delle cose ereditarie si acquista *ipso iure*, pel possesso invece è dichiarato il contrario (2).**

**44.** **In conclusione la teoria dell'acquisto *ipso iure* del-**

moderno, che la proprietà si trasmette col solo consenso. In ogni modo egli ripetè la vecchia obbiezione al trasferimento del possesso *ipso iure*, cioè che esso sia un *quid facti*. — Il Pisanelli (Relatore) rispose: « A proposito della successione fu toccato del passaggio del possesso dal morto al vivo.... È a tutti nota la regola accolta quasi da tutte le legislazioni, non solo per vantaggio dell'erede, ma ancora dei terzi, cioè di quel tale elemento che i nuovi Codici contemplano molto accuratamente, perchè è la società stessa. L'onorevole Ninchi avverte che il possesso, secondo lui, è una cosa di fatto, e che non comprende come possa passare dal morto al vivo; che può passare il diritto, può passare il dominio, ma non il possesso, perchè se il possesso sta presso un usurpatore non può passare dal morto al vivo, dal padre al figlio, o all'erede testamentario. Ma si è dimenticata una distinzione fondamentale, cioè che oltre il fatto del possesso c'è il diritto del possesso, cioè il possesso giuridico, il possesso civile. E tanto è vero che il fatto del possesso non è e non può essere in contraddizione col diritto a possedere, che vi è l'istituzione dell'azione possessoria. Nell'azione possessoria non si parla nè di proprietà nè di dominio, si riconosce che il possesso di fatto sta nelle mani di un terzo, e nondimeno viene un altro, che non ha il possesso di fatto, a reclamare quel possesso giuridico, che, dalle condizioni che stabilisce la legge per constatare il diritto al possesso, egli crede essergli dovuto ». Vedi in Gianzana, *Collezione*, II, n. 140 (p. 120, 121). — Forse qualche espressione del Pisanelli può essere tacciata di imprecisione; ma nell'insieme il concetto è chiarissimo: il Pisanelli rannoda la regola dell'art. 925 alla vecchia massima *il morto impossessa il vivo*, ed alla sua applicazione specialmente nel diritto francese.

(1) La storia dei successivi progetti, che prepararono il Codice italiano conferma la teoria esposta nel testo. Nel progetto di revisione del Codice albertino del Cassinis (1860) si ha l'articolo 1076: « Il possesso dei beni e diritti del defunto passa di diritto nella persona dell'erede *che accetta*, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi e debiti ereditarii, senza bisogno di materiale apprensione » (*Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, 2ª edizione ufficiale, p. 298, vol. II. Roma, 1888). Ho sottosegnate le parole *che accetta*, poichè parmi che i compilatori del progetto accettassero il sistema dell'adizione, e che il possesso si acquistasse *ipso iure* solo mediante l'adizione; e questa, come si è visto, fu la teoria del Precerutti, sotto l'impero del Codice sardo (vedi sopra n. 27). Ma nel progetto di Codice civile del Regno d'Italia, compilato dalla Commissione ministeriale nominata dallo stesso ministro Cassinis nel 1861, si ha diversamente formulato l'art. 1034. « L'immediato possesso dei beni, diritti ed azioni del defunto passa di pieno diritto nella persona degli eredi coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari, senza necessità di prendere l'attuale possesso dell'eredità » (*Lavori preparatori*, ecc., già citati, vol. VI, p. 565. Roma, 1892). Nel progetto Miglietti (1862) si ha l'art. 960: « Il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione » (*Lavori preparatori*, citati, vol. VII, p. 226. Roma, 1892). E tale articolo passò immutato nella sua formola negli art. 893 del progetto Pisanelli, e 953 del progetto senatorio, ed è passato nell'art. 925 del Codice italiano. Si può quindi indurre con ragione, che coscientemente dai compilatori del progetto del 1861 si variasse la formola usata dal Cassinis nel progetto di revisione del Codice sardo, e che con uguale coscienza il Miglietti usasse la formula semplice, che fu accettata dal Pisanelli nel suo progetto, ed è letteralmente passata nell'art. 925 del Codice italiano.

(2) Ecco qui tradotti i §§ del *Progetto*, che si riferiscono alla trasmissione dell'eredità ed al possesso delle cose ereditarie. Sezione VI. *Posizione giuridica degli eredi*. Titolo I. *Acquisto dell'eredità*, § 2025: « La trasmissione dell'eredità a coloro che per disposizione del testatore o della legge sono chiamati come eredi, avviene in forza della legge (delazione dell'eredità), salvo il diritto di rinuncia. La delazione, salvochè la legge non disponga altrimenti, si ha nel tempo della successione ». Tit. III. *Effetti dell'acquisto dell'eredità*, § 2051: « I diritti che appartengono al patrimonio dell'autore della successione e le obbligazioni patrimoniali di lui, in quanto non si estinguono con la morte dello stesso, passano agli eredi in forza della legge ». § 2052: « Il possesso e la detenzione delle cose che appartengono alla eredità non passano agli eredi in forza della legge ». Il Gierke osserva che le cattive conseguenze di non avere accettato il principio della trasmissione del possesso sono eliminate in una maniera artificiosa, poichè i mezzi possessorii sono trasmessi attivamente e passivamente nell'erede, il quale inoltre può anche intentare le azioni contro chi violasse il possesso nel tempo intermedio dalla morte dell'autore al tempo della presa del possesso, secondo le regole contenute nei seguenti §§. § 2053: « I diritti e gli obblighi derivanti da atti arbitrari e vietati, che sono stati compiuti in rapporto alle cose sia dall'autore della successione sia contro di lui, passano agli eredi ». § 2054: « Se un terzo in rapporto ad una cosa, che prima della morte dell'autore della successione si possedeva o deteneva dallo stesso, prima che l'erede ne acquisti il possesso o la detenzione, compie un'azione, la quale sarebbe stata arbitraria e vietata, se il possesso e la detenzione fossero passati all'erede nel momento della morte, o se il terzo acquista il possesso e la detenzione prima dell'erede, a questo spettano contro il terzo gli stessi diritti, come se l'erede fosse divenuto possessore e detentore della cosa dal tempo della morte dell'autore ». Secondo il Gierke ciò dimostra una preoccupazione del romanesimo negli autori del progetto. Vedi Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, p. 548. Leipzig, 1889. Il Baron preferirebbe un sistema, nel quale la trasmissione di diritto dell'eredità avvenisse *ipso iure* solo per gli eredi legittimarii; poichè solo per questi egli trova una ragione per imporre anche l'obbligo di liquidare ed inventariare l'eredità. Ed egli avverte che in fondo esso sarebbe il sistema romano, che riconosceva l'acquisto *ipso iure* dell'erede solo pei *sui*. Io aggiungo che, ove fosse riconosciuto solo per essi la trasmissione di diritto non pure del dominio ma anche del possesso, si avrebbe il sistema dello *Statutum Urbis*. In ogni modo il Baron osserva che il § 2052 del *Progetto di Codice civile tedesco* in gran parte non ha contenuto; poichè l'erede ha tutti gli effetti del possesso, la difesa delle azioni (§ 2054), l'effetto della usucapione (§ 885); e se ha un contenuto, questo è erroneo. Baron, *Das Erbrecht in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs etc. Archiv für die civilist. Praxis*, vol. 75. Ed a proposito dell'artificioso passaggio delle azioni e non del possesso nell'erede, Ihering in rapporto alla discussione tra i germanisti se la Gewere nel diritto medioevale attribuisse il possesso o il diritto di possedere, di mettersi in possesso (Stobbe, *D. Privatrecht*, V, § 281, *Anm.*, 4),

l'eredità, della proprietà e del possesso delle cose ereditarie, è rimpetto al Codice italiano anche la più semplice. La legge ha fissata la continuità dei rapporti patrimoniali del defunto mettendo al momento della morte di lui l'erede al suo posto. E ciò senza distinzione di vocazione, se cioè legittima o testamentaria; poichè è la stessa legge quella che determina il carattere e gli effetti giuridici della istituzione di erede (1). L'erede quindi diventa *ipso iure dominus* e *possessor hereditatis*. Però è la stessa legge quella che dà il diritto di spogliarsi del carattere di *heres*, non accettando l'eredità o espressamente rinunciando. L'acquisto dunque non diventa irrevocabile, se non con un atto espresso o tacito di volontà; ed è quindi in questo senso che non è *erede chi non vuole esserlo*, secondo la formula del diritto francese (2). Questa a me pare la teoria che risponde alle disposizioni del nostro Codice, prese nel loro complesso, che risponde anche allo sviluppo storico del diritto, e che è in fondo l'opinione stessa del Pisanelli (3).

**45.** Ciò basterebbe per l'esigenza della esplicazione di un diritto positivo. Quanto al valore dei due sistemi, cioè quello dell'adizione o dell'acquisto di diritto, il Baron ha detto recentemente che *in utramque partem disputare licet* (4). Nei motivi del progetto di Codice tedesco è lodato il sistema dell'acquisto *ipso iure* pei vantaggi pratici, e specialmente per l'unità e per la semplicità della legge; col sistema dell'acquisto *ipso iure* non vi ha *hereditas iacens*, inoltre è fatta una migliore condizione ai creditori ed ai debitori del testatore (5). Io considero parecchie di queste ragioni come molto discutibili. È stato già notato che le difficoltà per la concezione dell'eredità giacente sono di ordine teorico ma non pratico (6). Quanto alla teorica si è detto a ragione che tanto nel sistema romano dell'adizione, quanto in quello dell'acquisto *ipso iure*, il chiamato alla successione è erede se il voglia; però nel primo sistema la volontà ha la forma di una condizione sospensiva, nel secondo quella di una condizione risolutiva (7). Ambedue i sistemi prestansi ad una rigorosa concezione giuridica. In Italia si è detto che il sistema dell'acquisto di diritto è un ostacolo ai miglioramenti desiderabili nell'istituto della trascrizione, o come altri vorrebbe, all'introduzione del sistema tedesco dei libri fondiarii (8). Qui non è possibile una discussione completa; tuttavia a me pare che il sistema non è a ciò un ostacolo assoluto (9). La legge tedesca del 5 maggio 1872 non ha abolito nè modificato il sistema dell'acquisto *ipso iure* del Codice prussiano (10), e come si è visto lo stesso sistema si ha nel nuovo progetto di Codice tedesco. Non è di ostacolo il sistema a che s'imponga in ispecie la trascrizione degli acquisti a causa di morte; necessario presupposto, perchè sia compiuta la storia delle trasmissioni della proprietà fondiaria. E con leggere ed opportune modifica-

---

dice che la seconda opinione non contiene che una pura concessione alla teoria romana del possesso, e che praticamente chi ha i *diritti* del possesso è *possessore*, sia che egli o altri abbia l'elemento di fatto ed esterno nel possesso. Ihering, *Der Besitzwille*, p. 33, n. 2. Jena, 1889.

(1) L'obbiezione che nel Codice italiano non sia possibile l'acquisto *ipso iure* dell'eredità, perchè equipara gli eredi testamentarii ai legittimi non è di gran valore. Già si è visto sopra num. 31 come talune consuetudini francesi avessero già tale equiparazione. Fra i Codici odierni anche il Codice prussiano equipara l'erede legittimo al testamentario (vedi sop. num. 32). Nel Codice francese ha la *saisine iuris* il legatario universale nel caso dell'art. 1006. Anche nel diritto inglese si ha l'acquisto *ipso iure* tanto per l'erede legittimo quanto per l'erede testamentario. Vedi Gundermann, *Englisches Privatrecht*, I, p. 147-171. Freiburg, 1864.

(2) Sulla massima: *Nul n'est héritier qui ne veut*, vedi Loysel, *Instit. coutumières*, n. 318. Conf. Hureaux, *Succ.*, I, p. 276 e segg.

(3) Ha accettata in un modo esplicito questa opinione. Cass. Napoli, 21 febbraio 1880 (*Foro italiano*, V, I, 601). Conf. Cass. Roma, 23 giugno 1880 (*Foro*, V, I, 880), Cass. Torino, 27 novembre 1890 (*Foro*, XVI, I, 199), App. Genova, 5 giugno 1877 (*Foro it.*, II, I, 1064), App. Roma, 18 maggio 1888 (*Foro*, *Rep.* v. *Successione*, a. 1888, n. 83).

(4) Baron, *Das Erbrecht in dem Entwurf eines bur. Gesetzbuch*, p. 248.

(5) *Motivi ecc.*, V, p. 485-487.

(6) Baron, scritto citato, p. 251.

(7) Petersen citato in Baron, l. c., p. 247.

(8) Rilevò per primo ed autorevolmente questa connessione il Gabba, *Studi teorico-pratici intorno alla trascrizione*. Firenze, 1869; *Questioni di diritto civile*, 2ª ed. Torino, 1885, p. 9; *Retroattività delle leggi*, 2ª ed., III, p. 248. Conf. Cannada Bartoli, *Note intorno al diritto ipotecario* (Appendice alla traduzione dei *Principii di diritto civile* del Laurent). Milano, 1888.

(9) Il Luzzati, sostenitore del sistema germanico, in uno schema di legge ha formulato le regole per l'inscrizione nel registro fondiario del diritto di proprietà e degli altri diritti reali sui beni immobili, e degli atti soggetti alla iscrizione. Quanto poi agli atti *mortis causa* egli formula una disposizione così concepita: Art. 9. « Le disposizioni dei due articoli precedenti non innovano alle disposizioni del diritto comune in materia di successione per causa di morte. Ma la facoltà di vendere, ipotecare od alienare comecchessia in tutto od in parte i beni della successione non sarà acquistata dagli eredi o dai legatari, se non mediante la loro iscrizione sul libro fondiario ». Luzzati I., *Sugli effetti giuridici del catasto*, p. 81. Torino, 1889.

(10) Legge prussiana sull'acquisto della proprietà, del 5 maggio 1872, § 5: « Fuori dei casi di volontaria alienazione la proprietà immobile è acquistata a norma del diritto vigente ». I principii del diritto prussiano in seguito alla legge citata sono così esposti dal Dernburg: « L'iscrizione rende pubblica la proprietà dell'erede, ma non la fonda. Essa gli dà soltanto la piena facoltà di alienare. Infatti solo mediante l'iscrizione l'erede acquista in regola la capacità di un trasferimento (Auflassung) e di costituzione di pesi reali nel libro fondiario. Dernburg, *Pr.*, *Privatrecht*, III, § 231. Quanto all'istituto dell'Auflassung esso consiste nella dichiarazione dinanzi al giudice speciale pei libri fondiarii, fatta dal proprietario iscritto, che egli consente alla iscrizione del nuovo acquirente, e nella dichiarazione di questo, con la quale chiedesi la isorizione. § 2, Legge citata. Vedi Dernburg, opera citata, I, § 190, Förster, *Theorie und Praxis des heut. gem Preuss. Privatrecht*, III, § 178. Ma dalla Auflassung sono esclusi gli acquisti per successione. Op. cit., § 226. Tale sistema è propugnato dal Gianturco, *La pubblicità dei trasferimenti e dei diritti reali immobiliari*, pag. 66. Napoli 1889. Il sistema della legge prussiana del 1872 ha ispirato il Luzzati a formulare la disposizione trascritta nella precedente nota; ma a parte ora ogni giudizio sul sistema stesso, la semplice disposizione dell'art. 9 dello schema del Luzzati non sarebbe sufficiente a riprodurlo in Italia, ed un solo articolo, formulato nella forma proposta dall'egregio giurista, darebbe luogo a molte obbiezioni e controversie.

zioni alle regole sull'accettazione dell'eredità, come p. es. stabilendo un termine assai più breve per l'accettazione, e coordinando l'obbligo di denunzia della successione per gli effetti della trascrizione a quello per gli effetti della tassa di registro, si potrebbe, senza cangiare il sistema, che a nostro avviso è seguito dal Codice, migliorare l'istituto della trascrizione, o, se si vuole, introdurre tra noi quei libri fondiarii, che sono ora così celebrati con lode, e che in Germania costituiscono il censimento della proprietà fondiaria.

**46**. Pei figli naturali, i quali succedono in concorso coi figli legittimi, non ha luogo trasmissione di diritto del possesso a norma dell'art. 925. Essi debbono chiedere il possesso ai figli legittimi. Il Pisanelli rannodò questa eccezione del passaggio *ipso iure* del possesso alla facoltà stabilita nell'art. 744 in favore dei figli legittimi di soddisfare anche in danaro od in immobili ereditarii al diritto dei figliuoli naturali (1). Tale opinione è ripetuta dal Pacifici, il quale accenna al concetto che pei figli naturali il possesso non è un mezzo di conservazione del patrimonio ereditario, ma conseguimento della quota ad essi spettante (2). Ma io penso che l'eccezione sia stabilita in omaggio ai diritti della famiglia legittima. La norma dell'art. 927 ha, a mio parere, una grandissima importanza nel sistema del Codice civile italiano, il quale accorda il possesso di diritto a tutti gli eredi. La successione del figliuolo naturale, di ri[illegible]ro a quella dei figli legittimi, ha qualche cosa di anomalo: la disposizione dell'art. 927 è l'effetto di questa anomalia, come un altro effetto della stessa anomalia è la disposizione del capoverso dell'art. 744. Per quanto il dovere verso la prole naturale, che ha ottenuto il riconoscimento, ed il vincolo di sangue meritino considerazione dalla legge, altrettanto non si può disconoscere il diritto dei figli legittimi, i quali solo in vita stessa del defunto hanno fatto parte di quella comunione etica e giuridica della famiglia, che si impronta anche nei rapporti patrimoniali, e che la legge italiana ha giustamente apprezzata nell'ordinamento della successione dei figli naturali (3).

Se a norma dell'art. 748 i discendenti legittimi del figlio naturale reclamino i diritti del loro genitore, si applica anche ad essi la regola dell'art. 927. V'ha per essi la stessa ragione che pel figlio naturale loro genitore, ed inoltre essi non potrebbero avere un diritto maggiore di quello che la legge riconosce nel loro autore.

Se i figli legittimi si ricusano di dare il possesso ai figli naturali, questi hanno un'azione per ottenerlo. Essa però può essere impedita nella sua efficacia dalla dichiarazione dei figli legittimi di volere soddisfare i diritti del figlio naturale in danaro. L'azione è proposta davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione (art. 94 Cod. di proc. civile).

Solo l'esistenza dei figli legittimi in concorso ha determinata la norma dell'art. 927. In ogni altro caso di concorso, e ciò costituisce una grande innovazione al diritto francese ed al diritto preesistente italiano, il figlio naturale, come ogni altro erede ha l'*investitura ereditaria* ed il possesso di diritto a norma dell'art. 925 (4).

## § 7. — *Accettazione dell'eredità.*

47. Concetto dell'accettazione nel Codice italiano. — 48. Specie di accettazione. — 49. Persone incapaci di accettare. — 50. Condizioni intrinseche per una valida accettazione. — 51. L'accettazione deve essere pura e semplice. — Effetti di una accettazione sotto condizione ed a termine. — 52. L'accettazione *pro parte*. — 53. L'apertura della successione e la conoscenza di essa, condizioni di una valida accettazione. — 54. Se per una valida accettazione di una persona sia necessario che la delazione siasi verificata a suo favore, o se anche un successivo erede abbia diritto di accettare.

**47**. Secondo la teoria da me seguita intorno al principio sanzionato dal nostro Codice (art. 925), intendendo che per esso si acquisti con la semplice delazione *ipso iure* il carattere di erede, l'accettazione dell'eredità non ha il carattere della *aditio* del diritto romano (5), quale si aveva rispetto al diritto preesistente nel sistema del Regolamento giudiziario vigente nelle provincie romane prima della promulgazione del Codice (6), e quale si ha nel Codice sassone (7). L'accettazione, così pel diritto francese come per le altre legislazioni italiane codificate, ed anche pel vigente Codice italiano, non è propriamente un atto di acquisto dell'eredità; ma soltanto il diritto dato all'erede di confermare gli effetti dell'acquisto *ipso iure*, esercitando i diritti di erede ed assumendone effettivamente gli obblighi; d'altra parte la rinunzia non è propriamente la dichiarazione di non volere acquistare il carattere di erede; ma il diritto di spogliarsi della qualità ereditaria e con questa dei diritti e degli obblighi. La conferma adunque definitiva dell'acquisto è data dalla volontà dell'erede; e questo è il significato della regola *niuno è erede quando nol voglia* (8); per la quale tutti

(1) Relazione Pisanelli: « Una sola eccezione fu fatta. Essa riguarda il figlio naturale che succede in concorso coi discendenti legittimi: il figlio naturale deve chiedere a costoro il possesso della quota che gli è devoluta, perchè spetta ai medesimi di soddisfarla in danaro od in beni immobili ereditarii » (Vedi in Gianzana, *Collezione ecc.*, I, p. 80).

(2) Pacifici, *Succ.*, V, p. 53, 54. Conf. Borsari, art. 927.

(3) Tornerò sull'art. 927 quando esporrò la teorica della successione del figlio naturale secondo il diritto vigente.

(4) Conf. sopra § 5, nn. 33, 34.

(5) Inst. 2, 9, *De heredum qualitate et differentia*. Dig. 29, 2, *De adquirenda vel omittenda hereditate*. Conf. per la differenza tra l'*hereditas adquisita* e l'*hereditas delata* sopra n. 30.

(6) Reg. giudiziario, art. 1536 e segg. Conf. Rocchetti, *Delle leggi romane nello Stato pontificio*, Vol. III, p. 49 e segg.

(7) Cod. sassone, § 2250: « L'erede acquista l'eredità devoluta per mezzo dell'adizione ».

(8) Questa regola fu riprodotta nel Codice francese nell'articolo 775 nei seguenti termini: « Niuno è tenuto ad accettare una successione che gli è devoluta ». Secondo Aubry e Rau l'articolo sarebbe stato meglio formulato se si fosse detto: *Ogni erede ha facoltà di rinunciare all'eredità alla quale si trovi chiamato*. E questi insigni scrittori aggiungono: « A torto il Malpel (*Succ.*, n. 202 e 337) ha tratta da siffatta regola la conseguenza che l'abile a succedere non sia erede, ad onta della investitura, se non sotto una condizione sospensiva di accettazione. Questo autore ha evidentemente confusa la trasmissione della qualità di erede, la quale avviene per l'effetto immediato della investitura, coll'irrevocabilità di tale qualità, la quale non è che il risultamento dell'accettazione. L'acquisto della qualità di erede non è subordinato ad una condizione di accettazione, ma all'incontro la perdita di tale qualità è quella che trovasi sottoposta ad una condizione di rinunzia ». Aubry e Rau, § 610, n. 1 (trad. ital.). L'art. 775 del Codice fran-

gli eredi sono volontari nel diritto moderno, nè più vi hanno *heredes necessarii*. In quanto la legge dà diritto all'erede di far dipendere dalla sua volontà o la definitiva conferma dell'acquisto, o la rinunzia allo stesso, condiziona alla sua volontà da un lato l'esercizio del diritto ereditario, dall'altro la risoluzione dell'acquisto. Mercè la facoltà data all'erede di accettare o di rinunciare, è dato allo stesso il diritto o di permanere stabilmente nel posto del defunto rispetto al patrimonio a lui trasmesso, ovvero di abbandonarlo (1). Non vi è alcuna difficoltà logica in questo concetto, che è il concetto dominante nella scuola francese (2), ed è anche il concetto che viene propugnato dagli espositori del diritto prussiano (3).

**48.** Così determinato il concetto dell'accettazione, ve ne ha una duplice specie: l'accettazione *pura e semplice* e quella col *beneficio dell'inventario*. L'una conferma irrevocabilmente l'investitura ereditaria, ed in conseguenza l'acquisto dell'eredità e l'assunzione degli obblighi che ad essa ineriscono; l'altra ha per effetto di non obbligare al pagamento dei debiti oltre la misura dell'attivo (*non ultra vires hereditatis*). Io rimando la più particolare esposizione degli effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai creditori, e delle limitazioni, che derivano da una accettazione col beneficio dell'inventario, ad altra parte della trattazione, e qui limitandomi alla esposizione delle regole generali sull'accettazione esaminerò: 1° Quali persone possono validamente procedere ad una accettazione di eredità; 2° Quali sono le condizioni intrinseche di una valida accettazione; 3° Quali le forme di essa.

**49.** In rapporto alle persone, che possono accettare può dirsi in generale che tutte le persone, alle quali la legge nega la capacità di accettare puramente e semplicemente l'eredità, non hanno la piena capacità di obbligarsi e di alienare. Per espressa disposizione della legge incapaci ad accettare puramente e semplicemente l'eredità sono:

*a*) I minori e gli interdetti (art. 930). Pei primi, quando sono sottoposti alla patria potestà, l'accettazione è fatta dal padre; e se questi rifiuta, l'accettazione può essere autorizzata dal tribunale e fatta da un curatore speciale (art. 226). Se poi i minori sono sottoposti a tutela, l'accettazione è fatta dal tutore, dietro autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296). Al minore sottoposto a tutela è equiparato l'interdetto (art. 329) (4). In

cese fu riprodotto nei Codici italiani preesistenti; art. 692 Codice napoletano, art. 875 Cod. parm., art. 980 Codice sardo. Il Codice italiano, sopprimendo la disposizione come superflua, nulla ha immutato alla esatta spiegazione del principio, data dagli scrittori già citati.

(1) Di contraria opinione, in conseguenza della dottrina professata sulla trasmissione dell'eredità: Pacifici, *Ist.*, 3ª ed., p. 326, *Successioni*, V, p. 1 e segg.; Paoli, *Delle successioni*, p. 215, e sotto l'impero del Codice sardo; Precerutti, *Ist.*, II, p. 129, 130, 133. Conf. anche Losana, *La massima Le mort saisit le vif*. Torino, 1885. *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, n. 2, 41-46; Bellavite, *Note*, ecc., p. 335. — Invece per la teoria da me accettata Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile*, III, p. 191; Testa, nelle sue lezioni (inedite) dettate nell'Università di Napoli; in rapporto al Codice sardo: Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, p. 205; Pastore, *Comm. al Codice sardo*, IX, p. 31; in rapporto al Codice napoletano: Cangiano, *Diritto positivo*, II, p. 13, 58, 59 e segg., quantunque con qualche incertezza nell'espressione. Nel precedente § n. 35 si è riferita l'opinione del Chironi, che dichiara erronee tanto la teoria che io seguo sull'acquisto di diritto dell'eredità, quanto la contraria, pensando che la trasmissione per opera della legge della qualità ereditaria contiene la investitura della qualità di erede, ma non definitiva e solo *in via presunta*. Duolmi che il carattere dommatico del libro, del resto assai pregevole, non abbia dato all'autore agio a sviluppare gli argomenti che sostengono la sua opinione. In ogni modo abbastanza difficile riesce il concetto di una *trasmissione* che contiene la investitura della qualità di erede, solo *in via presunta*. Si ha dunque una presunta investitura, e la trasmissione di una presunta investitura, secondo il Chironi; e così si spiega il passaggio del possesso. La volontà dell'erede, tale presuntivamente, prosegue l'autore, deve *confermare o togliere la presunzione con l'accettazione o la rinuncia*. L'accettazione conferma la qualità di erede, passata in modo presuntivo in seguito alla trasmissione di diritto (*Ist.*, II, § 414). — Questa costruzione artificiosa a me non pare preferibile a quella più semplice che ho esposta nel testo. Tanto secondo la mia teorica, quanto secondo quella del Chironi, l'acquisto della qualità di erede non è definitivo; ma secondo il mio concetto l'accettazione contiene la volontà di confermare l'acquisto, renderlo definitivo ed irrevocabile, secondo quello del Chironi di confermare la *presunzione*. Così secondo il mio concetto la rinuncia contiene la volontà dell'erede di spogliarsi della qualità ereditaria, secondo quello del Chironi di togliere la *presunzione*.

(2) Quanto all'antico diritto francese vedi Simonet, *Saisine héréditaire*, p. 156 e segg. — Quanto alla teorica del Codice francese, non è molto preciso nell'esposizione dei motivi il Treilhard; lo Chabot dice che l'*erede presuntivo deve essere sempre riputato erede, allorchè non ne ha rinunziati i diritti*. Nè grande precisione v'ha in Duranton, VI, 363. In fondo in accordo con la teoria esposta nel testo è quella del Toullier, II, 312 e segg.; per Toullier come per Chabot fin tanto che non si rinuncia v'ha l'*erede presuntivo:* Toullier, II, 377. (Allo Chabot ed al Toullier può rannodarsi la teoria sopra esposta del Chironi). La formula precisa della teorica da me accettata si ha in Zachariae, IV, § 609; Aubry e Rau, VI, § 609; Marcadé all'art. 774; Demolombe, *Success.*, II, 369; Arntz, II, 1385; Stabel, *Inst.*, § 82. — Conf. però in contrario Fureaux, *Success.*, II, n. 144 e segg. Questo scrittore opina che l'accettazione realizza la condizione della *saisine* passiva, e per essa l'erede si obbliga verso i creditori del defunto. Sulla distinzione tra la *saisine* attiva e la passiva vedi lo stesso autore, op. cit., I, n. 69 e segg. Solo la prima si ha *ipso iure* (art. 744), la seconda mediante accettazione (art. 775). Bene osserva il Puchelt che di tale artificiosa costruzione non vi è alcun bisogno. Puchelt in Zachariae, IV, § 609, n. 10.

(3) Secondo il Dernburg nel diritto prussiano l'accettazione è la *consolidazione dell'acquisto dell'eredità*. Dernburg, *P. Privatrecht*, III, § 217. Il Förster dice che l'accettazione dell'eredità, secondo il Codice prussiano, non è altro che la dichiarazione di conservare l'eredità già acquistata con la delazione, e la rinuncia la dichiarazione di abbandonarla. Förster, *Theo. und Praxis des heut. gem. preus. Privatrechts*, IV, § 269. Vedi inoltre Eccius, *P. Privatrecht* IV, § 269; Gruchot, I, 74; Koch, *Erbrecht*, p. 1148. Conf. *Allg. Landrecht für die Preussischen Staaten*, I, §§ 383-412. Quanto al progetto di Codice civile tedesco vedi sop. n. 43 in fine e nota 2. Questo progetto ha data una formula precisa e giuridica al sistema dell'acquisto di diritto in rapporto al diritto di rinuncia. Vedi §§ 2028-2030.

(4) Tanto l'interdetto a causa d'infermità di mente (art. 324 Cod. civ.), quanto l'interdetto a causa di pena (ergastolo, reclusione per un tempo maggiore di cinque anni), che è in istato d'interdizione legale (articolo 23, 1° capoverso, Codice penale 1890).

tutti i casi l'eredità deve essere accettata col beneficio dell'inventario (articoli 930, 226, 296).

*b*) Gl'inabilitati (art. 931). Questi non possono accettare l'eredità, se non con l'assistenza del curatore e col beneficio dell'inventario (articoli 931 citato e 339).

*c*) Agl'inabilitati per infermità di mente sono equiparati i sordo-muti ed i ciechi dalla nascita, salvochè non abbiano ottenuta una dichiarazione del tribunale d'essere abili a provvedere alle cose proprie (art. 340).

*d*) Non possono accettare puramente e semplicemente l'eredità i corpi morali (art. 932). Essi han bisogno dell'autorizzazione del governo, la cui forma è stabilita in leggi speciali, e non possono accettare che col beneficio dell'inventario (art. 932 citato) (1).

(1) La legge, che regola l'acquisto dei corpi morali, è la legge del 5 giugno 1850, num. 1037 (Vedi in Gianzana, *Collezione*, ecc., VI, p. 380). In questa legge è disposto: art. unico: « Gli stabilimenti e corpi morali, sieno ecclesiastici o laicali, non potranno acquistare beni stabili senza essere a ciò autorizzati con Regio Decreto, previo il parere del Consiglio di Stato. Le donazioni tra vivi e le disposizioni testamentarie a loro favore non avranno effetto, se essi non saranno nello stesso modo autorizzati ad accettarli ». Questa legge è completata dal Regio Decreto 10 marzo 1851, n. 1151 (vedi Gianzana, l. c., p. 384) in rapporto ai richiami dei privati contro le donazioni o disposizioni testamentarie a favore dei corpi morali, e dal Decreto 26 giugno 1864, n. 1817 (vedi Gianzana, l. c., p. 383). In questo Decreto è stabilito (art. 1) che le domande di accettazione di eredità o donazione debbono essere presentate al Procuratore generale presso la Corte di appello, od al Prefetto della Provincia, e determinato quali persone abbiano l'obbligo di farla (art. 2), e nell'art. 3 è disposto: « Il Procuratore generale ed il Prefetto esaminata la domanda, raccolte le opportune informazioni e sentiti anche, dove trattisi di ultima volontà, coloro ai quali sarebbe devoluta la successione, trasmetteranno rispettivamente la domanda stessa ed i documenti che vi hanno tratto con apposito rapporto al Ministero di grazia e giustizia e dei culti, al Ministero dell'interno o a quell'altro che vi abbia speciale ragione di competenza, dai quali verranno promosse le deliberazioni del Consiglio di Stato e le successive sovrane risoluzioni. Se la donazione o la disposizione testamentaria, per ragione di dipendenza dello stabilimento o corpo morale, che vi ha diritto, o per lo scopo a cui è diretta, dia luogo a competenza di diversi Ministeri, la risoluzione sovrana dovrà essere provocata dopo preventivi accordi o concerti di questi ultimi ». Conf. art. 69 Regolamento 5 febbraio 1891 per l'esecuzione della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza. — Così nella nostra legislazione da un lato è garentito il corpo morale contro il pericolo di dannosi acquisti, e dall'altro pel parere del Consiglio di Stato si ovvia al pericolo di dare esecuzione alla volontà di un testatore, che abbia disposto a favore di un corpo morale per odio ingiustificato contro i proprii congiunti. E l'autorizzazione del Governo non è pura formalità. Io ho avuta in altro scritto occasione di riferire la sapiente Giurisprudenza del Consiglio di Stato in rapporto all'autorizzazione per accettazione di eredità o di legati. (Vedi il mio scritto *Delle disposizioni per l'anima o a favore dell'anima nel diritto civile italiano*; *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. I, p. 76, 77). E qui torna opportuno ricordarla. In quella Giurisprudenza è stabilito: che nello spirito della legge 5 giugno 1850 è anche l'intento di impedire che i testatori con disposizioni irragionevoli, e sotto colore di beneficenza, od altro pio proposito, turbino profondamente l'ordine delle successioni e l'interesse delle famiglie: che quantunque il Governo debba usare con grande moderazione della facoltà data dalla legge di negare l'autorizzazione pel rispetto dovuto alla volontà dei defunti, pure esso non deve permettere che la sua autorizzazione si associi a sentimenti riprovevoli, e confermi risultati totalmente ingiusti: che in conseguenza il Governo deve rifiutare l'autorizzazione ad una disposizione mossa da odio ingiustificato verso la famiglia (Consiglio di Stato, 21 marzo 1875, 9 settembre 1882, 30 marzo 1883, in Astengo, *Dizionario amministrativo* v. Corpi morali, n. 4118, 4119, 4120). Tale Giurisprudenza (aggiunsi nello scritto già citato) è conforme al concetto fondamentale che domina l'ordinamento delle successioni secondo il diritto italiano. L'ordine delle successioni *ab intestato* è fondato sull'interesse della famiglia e della società: le leggi di successione sono leggi dispositive: al privato è lecito derogarvi col testamento entro certi limiti. (Conf. la mia *Introduzione al diritto di successione*, II, n. 34). Egli può disporre a favore di Corpi morali; ma qui interviene provvidamente la legge a sottoporre la disposizione all'approvazione dello Stato, organo supremo e supremo custode degli interessi sociali. E la Giurisprudenza fermata dal Consiglio di Stato è ora tanto più importante, in quanto contro il Decreto che autorizza l'accettazione di eredità, legati o donazioni, è ammesso il ricorso alla quarta Sezione del Consiglio di Stato, la quale decide anche nel merito, a norma della espressa disposizione della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, art. 51, 2° alinea, che richiama l'art. 25 della legge 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato (testo unico).

A complemento delle regole per l'accettazione di eredità da parte dei Corpi morali è a notare che la legge del 3 agosto 1862 sulle Opere pie aveva una disposizione così formulata: Art. 15 n. 3. « Sono approvati dalla Deputazione provinciale: i contratti » di acquisto o di alienazione d'immobili, l'*accettazione o rifiuto* » *di lasciti o doni*, salve, per ciò che riguarda beni stabili, le » disposizioni della legge 5 giugno 1850, relative alla capacità » di acquistare dei Corpi morali.... ». Ora fu elevata la questione se tale disposizione fosse stata abrogata dagli articoli 932, 1060 del Codice civile. Decise per l'affermativa la Corte di appello di Bologna, 29 ottobre 1875, e quella di Ancona, 20 settembre 1878 (*Foro it.*, 1878, I, 1046 e nota): per la negativa, Cassazione Roma, 19 luglio 1878 (*Foro it.*, l. c.), e 6 aprile 1880, a sezioni riunite (*Foro italiano*, 1880, I, 1482). Così dalla Suprema Corte di Roma fu stabilito che per l'*accettazione dei lasciti in danaro o beni mobili* bastasse l'*approvazione* della Deputazione provinciale. Non mancherebbero certo gli appunti alla decisione della Corte di cassazione, la quale è stata criticata dal Saredo, *Il governo del Re e gli acquisti dei Corpi morali* (*Legge*, a. 1882, I, 31). Ma in ogni modo tale opinione non può più sostenersi di fronte all'art. 36 della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni di beneficenza, ivi è disposto: « Sono soggetti all'approvazione della Giunta provinciale amministrativa: ...... *c*) i contratti di acquisto e di alienazione di beni immobili e l'accettazione e il rifiuto di lasciti o doni; salve le disposizioni della legge del 5 giugno 1850, relative alla capacità di acquistare dei Corpi morali...... Qualora i lasciti o doni riguardino beni mobili che non abbiano un valore superiore a L. 5000, l'autorizzazione preveduta dalla legge 5 giugno 1850 è di competenza del Prefetto ». Chiaro risulta da queste disposizioni che l'approvazione della Giunta amministrativa, trattandosi di accettazione di eredità, lasciti e doni, anche riguardanti mobili, non esclude l'autorizzazione del Governo, prescritta dalla legge 5 giugno 1850: soltanto per beni mobili di un valore non eccedente le L. 5000, tale autorizzazione è delegata al Prefetto. Con ciò si è riconosciuta legislativamente la diversa natura ed i fini diversi, che del resto sono espressi anche dalla diversa parola usata dalla legge, cioè dell'*approvazione* della Giunta amministrativa e della *autorizzazione del Governo*; la prima diretta alla tutela del

Il Codice italiano non contiene alcuna disposizione in rapporto all'accettazione della donna maritata. Nel Codice francese vi ha invece l'art. 776, che nel primo alinea dispone: " Le donne maritate non possono validamente accettare una eredità senza l'autorizzazione del marito o del giudice, in conformità delle disposizioni del capo VI sotto il titolo del matrimonio ". Tale disposizione fu riprodotta in tutti i Codici italiani preesistenti (1). Il progetto Pisanelli la soppresse, e ciò in accordo anche con la soppressione proposta, dell'istituto dell'autorizzazione maritale (2). Il progetto senatorio ristabilì l'autorizzazione maritale (art. 143 progetto senatorio). Già secondo la formula dell'art. 143 del progetto non si sarebbe dubitato che la donna maritata avrebbe avuto bisogno dell'autorizzazione, poichè ivi era espressamente detto: " La moglie non può stare in giudizio, donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, transigere, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, *acquistare a titolo gratuito o oneroso, nè in generale fare alcun atto che ecceda l'ordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del marito*. Ma inoltre fu riprodotta un'analoga disposizione a quella del Codice francese e dei Codici italiani preesistenti: Art. 960. Progetto senatorio: " Le donne maritate non possono accettare validamente una eredità senza l'autorizzazione del marito o dell'autorità giudiziaria, in conformità degli articoli 143, 144 " (3). Come una specie di transazione al sistema proposto dal Pisanelli ed a quello del Senato, il Codice italiano, accettando l'istituto della autorizzazione maritale, formula i casi in cui essa è necessaria (4): Art. 134: " La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti senza l'autorizzazione del marito ". Dall'altro lato la disposizione del progetto senatorio veniva soppressa. tante l'accettazione dell'eredità senza l'autorizzazione maritale fu soppressa. Ora senza entrare in minuti particolari nella esposizione dell'istituto dell'autorizzazione maritale, il concetto informatore di esso, come risulta anche dalle dichiarazioni dei compilatori del Codice, non è una morale incapacità della donna (*propter infirmitatem sexus*), ma il rispetto che si deve all'ordinamento della famiglia, della quale il marito è il capo, e la giusta tutela degl'interessi familiari che negli atti indicati dall'art. 134 potrebbero essere compromessi, e nei quali è chiesto l'assenso del capo della famiglia (5). Ma l'incapacità della donna è limitata agli atti tassativamente indicati dalla legge. Ora l'accettazione dell'eredità non è compresa negli atti indicati nell'art. 134; e tale omissione e la cosciente soppressione dell'art. 960 del progetto senatorio (6), che conteneva la necessità dell'autorizzazione maritale, indicano che nel pensiero dei compilatori del Codice la moglie in tale atto non ne abbia bisogno. E ciò ha riconosciuto senza esitazione la dottrina (7), ed è affermato dalla giurisprudenza (8). Ne consegue che la donna maritata, benchè non abbia la piena capacità di obbligarsi, poichè per certi atti essa è integrata dall'autorizzazione maritale (articoli 134 e 1743), può per altro accettare puramente eredità. E poichè non sempre vi ha una *hereditas lucrosa*, ma può esservi anche una *damnosa hereditas*, perchè il passivo sorpassa l'attivo, ne consegue che la donna, la quale non può contrarre mutui, succede ad obbligazioni di qualunque specie dell'*auctor successionis*, a veri mutui, pei quali è chiamata a rispondere a causa della confusione dei patrimonii anche *ultra vires*. Ma queste considerazioni, se addimostrano che ammesso l'istituto dell'autorizzazione maritale tra i casi dell'articolo 134 del Codice vigente e quello del mandato (art. 1743), doveva anche accogliersi quello dell'accettazione dell'eredità, non autorizzano l'interprete ad estendere i casi d'incapacità stabiliti dalla legge ad altri analoghi (9).

---

corpo morale, l'altra avente scopi più elevati attinenti agli interessi sociali, morali, economici e giuridici. La modificazione nell'art. 36, l. c., come l'aggiunta dell'ultimo capoverso debbonsi al Senato. Conf. la Relazione dell'Ufficio centrale alla citata legge, relatore Costa, articoli 34, 35, ed i discorsi dei senatori Pierantoni ed Auriti nelle tornate del 23 aprile e del 1° maggio 1890. Sulla capacità di acquistare negli enti ecclesiastici conservati vedi Scaduto, *Diritto ecclesiastico*, pagina 151 e segg. Napoli, 1891. — Che lo Stato per accettare non abbia bisogno di autorizzazione, è chiaro, perchè è lo Stato stesso che è chiamato a darla. Ciò risulta pure dalla formula della legge 5 giugno 1850. Se sia necessario l'inventario, è controverso. Tratterò la questione in seguito, nelle successioni legittime, quando discorrerò della successione dello Stato. Vedi intanto Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, II, n. 165; *Delle obbligazioni*, VI, n. 128; Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile*, II, p. 335.

(1) Cod. napoletano, art. 693; Cod. parmense, art. 877; Codice sardo, art. 981; Cod. estense, art. 956.

(2) Pei motivi vedi Pisanelli, *Relazione*, 22 (Gianzana, *Coll.*, I, p. 24); *Discorso pronunziato al Senato nella tornata 15 luglio 1863*, 17 (Gianzana, o. c., p. 14).

(3) Pei motivi vedi Vigliani, *Relazione al Senato*, n. 71 (Gianzana, o. c., p. 197 e segg.); Vacca, *Relazione al Senato*, n. 231 (Gianzana, o. c., p. 305).

(4) Nella discussione parlamentare, tornate dal 9 al 22 febbraio 1863, molti oratori si rivelarono avversi all'autorizzazione maritale: vedi i discorsi del Ninchi (Gianzana, *Coll.*, III, p. 72), Camerini (Gianzana, o. c., p. 79), Mancini (o. c., p. 187), Regnoli (o. c., p. 199), Tecchio (o. c., p. 205).

(5) Conf. *Verbali della Commissione di coordinamento*, n. 9, in fine, 11, 16, 32 (Gianzana, *Coll.*, III, p. 68, 120, 272). — Vedi specialmente Relazione Vacca al Re, 10 (Gianzana, *Coll.*, I, p. 24, 25).

(6) *Commissione di coordinamento*, verbale 32 (Gianzana, *Coll.*, III, p. 272).

(7) Pacifici, *Succ.*, V, n. 20; Borsari, *Commentario*, III, art. 932; Bellavite, *Note di diritto civile*, p. 337; Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile*, I, p. 201; Bianchi Fr., *Diritto civile*, II, n. 165, 166; Gianturco, *Istituzioni di diritto civile*, p. 219. Napoli, 1885.

(8) App. Firenze, 18 dicembre 1872 (*Annali*, VII, 2, 37). App. Genova 13 giugno 1873 (Pacifici, *Repertorio*, *Sup.* v. *Donna maritata*, n. 63). Cassazione Torino, 13 aprile 1886 (*Foro it.*, *Rep.*, a. 1886, v. *Donna maritata*, n. 4).

(9) Che i casi dell'art. 134 siano tassativi è ritenuto dalla dottrina (conf. autori già citati e Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, p. 228), e dalla giurisprudenza. Vedi Cassazione Torino, 15 aprile 1874 (*Annali*, VIII, 1, 268), 4 settembre 1879 (*Foro it.*, *Rep.* 1879, v. *Donna maritata*, n. 33); App. Roma, 13 febbraio 1883 (*Foro it.*, *Rep.*, a. 1883, v. *Donna maritata*, n. 71); Appello Torino, 9 febbraio 1883 (ivi, n. 9); Cassazione Torino, 21 dicembre 1883 (*Foro*, *Rep.* 1884, v. *Donna maritata*, n. 8), 18 febbraio 1884 (*Foro it.*, 1884, I, 566); App. Macerata, 2 luglio 1884 (*Foro*, *Rep.* 1884, v. *Donna maritata*, n. 9).

**50.** Quanto alle condizioni intrinseche per una valida accettazione, poichè questa è una unilaterale dichiarazione di volontà, con la quale è confermato l'acquisto, è necessario che la volontà esista. Senza volontà l'accettazione è nulla, inesistente. Nulla è quindi l'accettazione della eredità fatta da chi si trova nello stato d'inconsapevolezza, come il demente, il pieno ubbriaco, il sottoposto a suggestioni ipnotiche. Quando vi è errore sulla identità dell'eredità (*in ipso corpore hereditatis*), così quando si accetta l'eredità di Tizio, credendola di Sempronio, non vi è volontà, e l'accettazione è inesistente o nulla. Nell'accettazione espressa la legge lega la volontà alla forma scritta, e nulla sarebbe in conseguenza l'accettazione puramente verbale (conf. in seguito § 8).

**51.** L'accettazione deve essere *pura e semplice* (articolo 929). Non vi ha accettazione pura e semplice, quando la si sottoponga a condizione, o a termine, nè quando si accetti solo *pro parte*. In quanto all'accettazione fatta sotto condizione, la grande maggioranza degli scrittori è concorde nel ritenerla come nulla (1). Quanto alla accettazione a termine vi sono tre opinioni. La prima opinione è che l'accettazione deve essere considerata come valida, e nulla soltanto l'apposizione del termine; e ciò per la ragione che vi è la volontà di essere erede, e che solo si annulla l'apposizione del termine primordiale (*dies a quo*) o finale (*dies ad quem*); il primo perchè l'accettazione ha effetto retroattivo (art. 933), il secondo perchè si oppone alla massima *semel heres, semper heres* (2). Una seconda opinione equipara l'apposizione del termine alla condizione, e considera l'accettazione come nulla (3). Finalmente una terza opinione considera l'accettazione come valida o come nulla, secondo che l'accettazione ha inteso di far dipendere o no la sua accettazione dal termine apposto (4). Secondo quest'ultima opinione la questione si ridurrebbe ad interpretazione di volontà; ma sembra del tutto arbitraria la interpretazione, poichè la volontà nel fatto è manifesta, cioè di sottoporre ad un termine un tal volere; ora trattasi di vedere quale è l'effetto giuridico di una volontà di accettare a termine, e di una dichiarazione di volontà a termine, e nulla qui ha che vedere l'interpretazione. Cosicchè resta a scegliere tra le due altre opinioni. Parmi preferibile quella che considera come nulla l'accettazione dell'eredità sottoposta ad un termine. Innanzi tutto la legge richiede un atto di volontà *puro* e *semplice* (art. 929): non vi è *accettazione pura* e *semplice*, nè quando si accetta sotto condizione, nè quando si sottopone l'accettazione ad un termine. E questa opinione oltre al suffragio del diritto romano (5), e del diritto moderno comparato (6), è preferibile anche per la coerenza, in quanto ogni modalità del volere (condizione e termine) esclude quella volontà ferma e senza riserva (*pura* e *semplice*), che la legge esige nell'accettazione.

**52.** L'accettazione non può essere fatta *pro parte*. E qui si ripete la stessa varietà di opinioni già notata pel caso del termine. V'ha chi crede che l'accettazione *pro parte* sia nulla (7). Altri che l'accettazione *pro parte* vale per accettazione per l'intero (8). Quanto a me, che pure pel caso del termine, ho prescelta la teorica della nullità dell'accettazione, nel caso dell'accettazione *pro parte* aderisco alla teorica che considera in questo caso l'accettazione come accettazione integrale. L'eredità, considerata anche come divisa in quote, si rappresenta come un tutto indivisibile, e l'erede di tutto il patrimonio, o di una quota, non può scindere a suo capriccio l'*universum ius*, al quale egli succede. Ciò anche per diritto romano (9). Quanto ad altri codici moderni vi hanno esempii dei due sistemi (10).

**53.** Per una valida accettazione è necessario non pure

(1) Ciò anche per diritto romano, L. 77, D. *De reg. iur.*, 50, 17; L. 51, § 2, D. *De acq. vel. omitt. her.*, 29, 2: Africanus, *Si quis dixerit si solvendo hereditas est adeo hereditatem, nulla aditio est.* Windscheid, III, § 597; Arndts, § 567; Baron, § 419; Dernburg, *Pand.*, III, § 162. Il diritto romano esige una ferma volontà e senza riserva nell'accettazione. Per la condizione risolutiva non si è mai dubitato. Si è però da taluni sostenuto che fosse ammessa la condizione sospensiva. Strich., *Usus mod. Pand.*, Lib. 29, Tit. 2, *De acq. vel omitt. her.*, § 8; Leyser, *Medit. ad Pand.*, § 370, med. 9. In contrario conf. Mühlenbruch, continuazione delle *Pandette* di Glück, vol. 42, p. 470 e segg. — Per diritto francese ed italiano è ritenuta l'accettazione sotto condizione come nulla da Duranton, VI, 360; Aubry e Rau, VI, § 611; Puchelt in Zachariae, IV, § 611, n. 16; Arntz, II, p. 113; Pacifici, *Succ.*, V, p. 19. — Invece Toullier, II, p. 332 (trad. ital.), ritiene che l'accettazione condizionata equivale a rinuncia, e cita una decisione della Corte di cassaz. francese del 3 marzo 1808. Per la generale opinione citasi in appoggio l'art. 1172 Cod. francese, corrispondente all'art. 1172 Cod. italiano. — Per diritto prussiano vi è controversia; sono per la nullità dell'accettazione Dernburg P., *Privatrecht*, III, p. 633, Eccius; *P. Privatrecht*, IV, § 269, n. 50: ritiene invece che l'accettazione condizionata valga come accettazione pura e semplice, Förster, IV, p. 275, n. 46. Conf. p. 276, n. 54. Dichiara espressamente nulla l'adizione sotto condizione il Codice sassone, § 2256; così pure il *Progetto di Codice civile tedesco*, § 2035, ed il Codice spagnuolo del 1889, art. 990.

(2) Duranton, VI, p. 368 in fine; Aubry e Rau, VI, § 611; Puchelt in Zachariae, IV, § 611, n. 16; Pacifici-Mazzoni, *Succ.*, V, p. 19; Lomonaco, *Ist.*, III, p. 190.

(3) Arntz, II, p. 113.

(4) Demolombe, XIV, 362.

(5) L. 77, *De diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem.* E non esiste su ciò alcuna controversia nel diritto romano. Conf. Glossa alla citata legge. Vedi inoltre Mühlenbruk con. di Glük, volume 42, p. 470.

(6) Negli scrittori di diritto prussiano si ha solo un breve accenno all'efficacia del termine. Vedi Förster, IV, p. 276, n. 54; Eccius, *P. Privatrecht*, IV, p. 345, n. 58; il Dernburg, III, p. 633, cita in nota i testi del diritto romano. Il *Preussisches Landrecht*, I, 9, 394, prevede solo il caso della condizione. La regola può essere controversa. Cfr. sopra nota 1. Nel diritto austriaco è accettata la teoria romana. Dispongono la nullità espressamente per l'apposizione del termine il Codice sassone nel § 2256. il progetto di Codice civile tedesco, § 2035, ed il Codice spagnuolo, art. 990, citati sopra in nota 1.

(7) Arntz, II, 1399.

(8) Duranton, VI, 374; Aubry e Rau, IV, § 611; Puchelt in Zachariae, IV, § 611, n. 10; Pacifici, *Succ.*, V, p. 19, 20, *Ist.*, 3ª ed., vol. VI, p. 366, 367; Lomonaco, *Ist.*, III, p. 190.

(9) L. 1, *De adq. vel omitt. hered.*, 29, 2: *Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.* Conf. L. 2, 55, eod. Windscheid, III, § 597.

(10) Sotto l'impero del diritto prussiano ritengono che una accettazione *pro parte* valga come accettazione per l'intero, Förster, IV, p. 275; Dernburg, III, p. 633. Però ivi è controverso se pel caso di istituzione di erede per parti diverse, cioè pel

che la successione siasi aperta, ma che l'accettante ne abbia conoscenza. Il dubbio sull'apertura della successione e quindi sulla vita o sulla morte dell'autore di essa rende nulla l'accettazione (1). Per diritto romano, secondo lo stretto diritto, era necessario pure che l'accettante sapesse se egli era chiamato alla successione dalla legge o dal testamento, quindi il dubbio sul genere di vocazione rendeva nulla l'adizione (2); ma il diritto pretorio ritenne l'adizione come valida (3). Secondo il nostro diritto nè il dubbio, nè l'errore sulla ragione della vocazione rendono nulla l'accettazione. Ciò è chiaro argomentando dall'art. 942, 2ª alinea, il quale contiene un caso, nel quale l'obbligo del pagamento dei legati, per chi abbia accettato, scoprendosi un testamento, del quale non si aveva notizia, limitasi alle forze attive dell'eredità.

**54.** Nel diritto francese si discute sulla validità dell'accettazione fatta da un successivo erede, quando il primo non abbia rinunciato, e non sia prescritto il diritto di accettare. Si sostiene da alcuni che l'accettazione presuppone l'attuale devoluzione dell'eredità, e che quindi l'accettazione di un erede successivo, al quale l'eredità non è devoluta, è nulla (4). Altri invece sostengono che tutti gli eredi, successivamente chiamati in dati eventi, possono accettare l'eredità: poichè in fondo in tal caso l'accettazione non è se non l'anticipato esercizio di un diritto che la legge loro accorda per la scelta tra l'accettazione e la rinuncia (5). Il Puchelt trova una relazione tra questa questione e quella dibattuta anche nel diritto francese, se la *sesina iuris* si abbia contemporaneamente per tutti i successivi eredi o solo per quelli di primo grado (6). Sotto l'impero del diritto italiano ed in accordo con la teoria già esposta sulla delazione (7), io opino che l'accettazione sia valida per la persona cui l'eredità è deferita: di guisa che tanto la persona chiamata successivamente nella successione legittima (in un posteriore ordine o grado), quanto un successivo erede nella successione testamentaria (sostituzione volgare), non facciano una valida accettazione, ove l'eredità non sia stata loro deferita. E ciò perchè il diritto di accettare non nasce, se non quando si è veramente erede, e tale qualità si acquista mercè la delazione. Quel diritto di scelta, del quale parlano specialmente Aubry e Rau (8), tra l'accettazione e la rinuncia, è anche esso conseguenza della delazione. E per diritto italiano questa soluzione della controversia appare tanto più convincente, in quanto v'ha l'art. 951, il quale, come si vedrà in seguito, dà all'erede successivo il mezzo di costringere l'erede di prima vocazione a dichiarare se accetti o rinunzii all'eredità (9). E quanto alla contemporanea *sesina iuris*, già nello stesso diritto francese è fortemente combattuta, e prevalente ed a ragione è la contraria opinione, sia per ragioni storiche,

---

caso della L. 2, *De adq. vel. omitt. her.*, già citata *(Sed et si quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit)* sia ammessa la stessa soluzione del diritto romano *(non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere,* leg. citata), ovvero l'accettazione per parte sia valida. Tiene l'ultima opinione Gruchot, *Erbrecht*, I, p. 102, poichè egli pensa che la soluzione del diritto romano si fonda sulla massima *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, che nel diritto prussiano non è in vigore. Conf. Förster e Dernburg, opere e luoghi citati. Nel diritto austriaco pel caso già ricordato dell'*institutus ex partibus certis*, ritengono che si possa accettare e ripudiare soltanto una delle varie parti deferite, per la ragione stessa data dal Gruchot, Unger, *Erbrecht*, § 36, testo e nota 10, § 37, testo e nota 4; Krainz, *Oester Privatrecht* II, §§ 109, 110. — Il Codice sassone dispone espressamente, § 2254: « L'adizione di una parte dell'eredità vale come accettazione dell'intera eredità delata ». Però nel caso che una persona sia istituita puramente e semplicemente in una parte, e sotto condizione sospensiva, essa può accettare o ripudiare l'una o l'altra, § 2262. Così pure pel caso di istituzione in una parte, e sostituzione in un'altra, è data anche facoltà di accettare o ripudiare nell'una o nell'altra qualità, § 2263. Il progetto di legge ereditaria del Mommsen, § 223, dichiara nulla l'accettazione parziale dell'eredità delata, e lo stesso si ha nel *Progetto di Codice civile tedesco*, § 2036. Conf. § 2037. Così secondo questi progetti sono messi alla pari l'accettazione sotto condizione, a termine, e *pro parte*. E lo stesso si ha nel Codice spagnuolo del 1889, art. 990.

(1) L. 19, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: *Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet defunctum esse testatorem.* Conf. L. 13, § 1. Altre cause di nullità secondo il diritto romano sono: dubbio sulla validità del testamento; dubbio sulla istituzione pura e semplice o condizionata; dubbio se la condizione siasi o no verificata; dubbio di essere *heres necessarius* o *voluntarius*. Pei testi relativi vedi Windscheid, III, § 597, n. 5; Arndts, § 507. — Quanto al diritto moderno conf. Arntz, II, n. 1386; Pacifici, *Ist.*, VI, p. 365.

(2) L. 7, Ist. *De her. qual. et diff.*, 2, 19: *dummodo sciat eum in cuius bonis pro herede gerit, testato intestatove obiisse et se ei heredem esse.* Conf. L. 51, pr., L. 29, *De adquir. vel omitt. her.*, 29, 2.

(3) L. 84, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2; L. 4, § 3, L. 5, D. *De bon. pos. contra tab.*, 37, 1. Conf. Windscheid, III, § 597, n. 3.

(4) Duranton, VI, 366. Delvincourt, II, p. 105. Viene citata in appoggio la L. 21, § 2, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: *Sed ita demum pro herede gerendo adquiret hereditatem, si iam sit ei delata: ceterum ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quicquam agere sciendum est.* Conf. L. 13, eod. Vedi Windscheid, III, § 597.

(5) Toullier, IV, 316; Aubry e Rau, VI, § 610, testo e n. 4. Questi dicono che bisogna eliminare dalla discussione i testi delle leggi romane, riferiti nella precedente nota, poichè i principii della legislazione francese sono affatto diversi da quelli del diritto romano. — Non può negarsi certamente la differenza, ma tal differenza non si estende al punto da non potere invocare un principio di diritto romano, che può ben essere un principio più alto, applicabile anche a sistemi differenti. E tale a me pare quello enunciato nella L. 21, *De adq. vel omitt. her.*

(6) Sostengono che la *sesina iuris* dell'art. 724 Cod. francese si abbia per tutti gli eredi. Zachariae, IV, § 609, testo e n. 10; Renaud, *Le mort saisit le vif* (trad. per Chauffour, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, 1847, p. 328). — In contrario Aubry e Rau, VI, § 609, n. 18; Demolombe, XIII, 148; Laurent, IX, 134; Arntz, II, 1272. L'art. 318 della consuetudine di Parigi, osservano Aubry e Rau, ammetteva la sesina soltanto in *favore dell'erede più prossimo*, e non deve supporsi che i compilatori del Codice se ne volessero allontanare. La teoria quindi dello Zachariae, del Renaud e di qualche altro scrittore sarebbe contraria alle tradizioni del diritto francese.

(7) Conf. sopr. § 3.

(8) Aubry e Rau, VI, § 607, n. 18.

(9) Conf. più innanzi § 12.

sia per motivi razionali (1). Ma in ogni modo essa è del tutto inapplicabile nel sistema del nostro diritto, nel quale la *investitura legale* (art. 925) spetta tanto all'erede legittimo quanto all'erede testamentario. Come vi è successiva investitura, così vi è successiva delazione (2). La rinuncia distrugge con effetto retroattivo la prima investitura e la prima delazione (art. 945), come la posteriore accettazione per l'effetto retroattivo (art. 933) fa risalire anche l'investitura e la delazione al giorno in cui si è aperta la successione. L'investitura negli eredi effettivamente chiamati risulta dalla formola stessa dell'art. 925: " Il possesso del defunto *passa nella persona dell'erede*, senza bisogno di materiale apprensione ". Come il concetto di una successiva delazione si ha negli articoli 721, 722.

Se non che al diritto che pel successivo erede è stabilito dall'art. 951, può questi rinunciare o in favore del primo chiamato o anche dei successivi, ma tal rinuncia è atto particolare riguardante l'azione che dall'art. 951 deriva, non rinuncia alla successione, che è un atto essenzialmente legato ad una forma solenne (art. 944). Conf. più innanzi § 13.

Nel caso di istituzione di erede sotto condizione sospensiva, poichè è sospesa la delazione (3) e l'acquisto (articolo 853), la persona chiamata condizionatamente alla successione allora ha il diritto di accettare, quando la condizione si verifica. Quanto alla rinuncia vedi più innanzi § 13.

### § 8. — *Forme dell'accettazione pura e semplice.*

55. Diritto romano. — 56. Codice prussiano, Codice sassone, progetto di Codice civile tedesco, Codice austriaco. — 57. Codice francese ed italiano. Accettazione espressa e tacita. — 58. Accettazione presunta. — 59. Atti conservativi e di vigilanza. — 60. Questione sulle locazioni. — 61. Continuazione. Presa di possesso. — 62. Atti equivoci: utilità di proteste e di autorizzazione giudiziale. — 63. Accettazione dichiarata dalla legge (art. 953). — 64. Continuazione. Questione. — 65. Continuazione. Questione. — 66. Continuazione. Sottrazione di effetti ereditarii, o celamento, commesso dal minore ecc. — 67. Continuazione. L'art. 967. — 68. Continuazione. Gli art. 959, 960, 961. — 69. L'accettazione dell'eredità per mandato. La *negotiorum gestio* nell'accettazione.

**55.** Nell'antico diritto romano v'erano tre forme di accettazione: *cretio*, *hereditatis aditio* nel senso stretto, e *pro herede gestio*. La *cretio* era una solenne dichiarazione in presenza dei testimoni. Le parole ci sono state trasmesse da Gaio: *Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem cerno adeoque* (4). Lo stesso Gaio ci dice, perchè essa fu chiamata *cretio: ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere* (5). Se il testatore imponeva la *cretio* (*cretionem dabat*), essa equivaleva ad un termine imposto per adire, il qual termine era fissato ordinariamente a 100 giorni (*Heres Titius esto. Cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque: quodni ita creveris exheres esto*) (6). Con l'aggiunta delle parole *quibus scieris poterisque* la *cretio* è detta *vulgaris*, senza quelle parole è detta continua, ed i cento giorni si computano dall'epoca della morte del testatore. Costituzioni imperiali abolirono la *cretio*, come *scrupolosa solemnitas* (7). L'*hereditatis aditio* (nel senso stretto) è una espressa e non solenne dichiarazione di volontà di accettare (*nuda voluntate*). Finalmente la volontà di accettare risultante da fatti dell'erede, dicesi *pro herede gestio* (8). Ciò per l'*heres extraneus*, quanto all'*heres suus*, che acquista l'eredità *ipso iure*, egli ha il *ius abstinendi*, incondizionato per gl'impuberi ed anche quando *se immiscuerint hereditati;* condizionato per i *sui* maggiori al non ingerirsi nell'eredità (*si se non immiscuerint hereditati*) (9). Altre particolarità saranno in seguito notate. E tenuto conto delle differenze nel sistema tra il diritto romano ed il diritto moderno, non è interdetto di far tesoro delle sapienti regole del primo in ordine alle forme di accettazione dell'eredità.

**56.** Quanto ai Codici moderni, nè il Codice prussiano (10), nè il Codice francese, nè i Codici italiani preesistenti han prescritta forma solenne di accettazione (11); non la prescrive il Codice sassone del 1863 (12), nè il progetto di

(1) Conf. sopra p. 416, nota 6.

(2) Sotto l'impero del Codice sardo il Pastore ritenne che per accettare validamente l'eredità fosse necessario che l'erede *fosse realmente chiamato* alla successione, e quindi l'accettazione di un collaterale più lontano, secondo l'esempio dato da questo scrittore, è inefficace, esistendo un collaterale più prossimo. Pastore, *Comm. al Cod. civile sardo*, IX, p. 95, 96.

(3) Conf. sopra § 3 d.

(4) Gai, II, 165. Conf. Ulp., *Framm.*, XXII, 28.

(5) Gai, II, 164. Conf. Ulp., *Framm.*, l. c.

(6) Vedi i testi precedentemente citati di Gaio e di Ulpiano.

(7) L. 1 § 1, L. 2, L. 4, L. 5, L. 8, § 1. C. Theo. *De mat. bon.*, 8, 18; L. un. C. Theo. *De cretione*, 4, 1; L. 17, C. *De iure deliberandi et de adeunda hereditate*, 6, 30. Conf. sulla *cretio* Voigt, *Die XII Tafeln*, II, p. 372, 373; Baron, *Geschichte des Röm. Recht*, I, § 162; Walter, *Storia del diritto romano* (trad. ital.), § 630.

(8) Conf. in generale per l'adizione in diritto romano Mühlenbruch in Glück, XLII, p. 366 e segg. Arndts, *Rechtslexicon*, IV, p. 8-17, *Pand.*, § 506 e segg.; Windscheid, III, § 596; Baron, *Pand.*, § 419; Dernburg, *Pand.*, III, § 161.

(9) L 57, pr. D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2; Gaius, *Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.* Il Lenel, *Edictum*, p. 336 e segg., suppone che il Pretore avesse emanati due editti, l'uno pel caso *si pupillus heres erit*, l'altro pel caso *si pubes heres erit*. Ai minori era accordata l'*in integrum restitutio* pel caso della *immixtio*. L. 57 cit. § 1. Conf. Dernburg, *Pand.*, III, § 163.

(10) *All. Preus. Landrecht*, I, 9, §§ 383-412. Conf. Förster, *Preuss. Privatrecht*, IV, § 269; Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, § 219.

(11) Cod. francese art. 774-783, Cod. nap. art. 691-700, Cod. par. art. 875-887, Cod. sardo art. 979-997, Cod. estense art. 954-982. — Il Regolamento gregoriano del 1834 riconosceva una accettazione formale nella cancelleria del tribunale civile, § 1141. Ma a norma del diritto romano erano riconosciute anche l'accettazione espressa non formale e l'accettazione tacita (*pro herede gestio*). Conf. Rocchetti, *Delle leggi romane abrogate, inusitate e corrette nello Stato pontificio*, III, p. 51. Cass. Roma, 28 dicembre 1877 (*Foro*, III, 1, 5).

(12) § 2250 e segg.

**Codice civile tedesco (1) (2). Quanto al Codice austriaco una opinione antica e seguita anche oggi dal Krainz, ritiene che in esso non si riconosca altra forma di adizione che la giudiziale (3).**

**57.** **Secondo il Codice italiano, come secondo il Codice francese ed i preesistenti Codici italiani, l'accettazione pura e semplice può essere *espressa* o *tacita* (art. 934, 1ª alinea) (4).**

**Secondo i precisi termini della legge l'accettazione " è „ espressa, quando si assume il titolo, o la qualità di „ erede in un atto pubblico o in una scrittura privata „. Non è necessaria una formula sacramentale, e basta il nudo volere, contenuto in una dichiarazione, di esercitare il diritto ereditario, assumendo il titolo di erede, ovvero la qualità, come *successor in universum ius defuncti*. La legge richiede l'atto scritto, sia pubblico sia privato: è in conseguenza sufficiente anche una lettera privata, purchè questa sia indirizzata a manifestare la volontà dell'accettazione (5). Ma richiedendo l'art. 934, 1° capoverso, l'atto scritto, nulla sarebbe l'accettazione verbale. La scrittura è quindi condizione essenziale dell'atto (*solemnitatis causa*).**

**Si ha invece l'accettazione tacita " quando l'erede fa un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede „ (art. 934, 2° cap.) (6). Ogni atto di disposizione e di godimento sulle cose ereditarie è atto di erede. Così accetta tacitamente (*pro herede gerit*) l'erede che dona, vende, costituisce enfiteusi, servitù, pegni, ipoteche (7).**

**58.** **V'ha accettazione presunta nel caso di donazione, vendita o cessione dei diritti ereditarii, sia che esse siano fatte ad un estraneo, o a tutti i coeredi, o soltanto ad alcuno di questi (art. 936); e vi ha anche presunta accettazione quanto da un erede siasi fatta rinuncia, anche gratuita ad uno o più dei coeredi, ovvero anche a tutti, ma quando egli per tale rinuncia riceva un prezzo (articolo 937) (8). Ma non vi ha accettazione quando la ri-**

(1) § 2029. Conf. *Motivi*, V, p. 503. Nemmeno il Mommsen nel suo *Progetto di legge ereditaria* propone forma solenne per l'accettazione. Riscontra § 221, e *Motivi* a questo §.

(2) Quanto al sistema dei Codici svizzeri vedi Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, II, p. 319-367.

(3) Krainz, *Oesterr. Privatrecht*, II, § 509; III, § 109. Conf. Castelli, *Codice civile austriaco*, III, § 799. Tanto il Krainz quanto il Castelli escludono l'accettazione tacita (*pro herede gestio*), e la esclude anche Zeiller, *Comm. al Codice austriaco*, vol. II, parte II, § 799 n. 3. Al contrario l'Unger insegna che secondo il diritto austriaco l'adizione può essere giudiziale ed estragiudiziale, espressa e tacita. Unger, *Erbrecht*, § 36, testo e nota 12. Per i precedenti storici del sistema del Codice austriaco vedi Stobbe, *D. Privatrecht*, V, § 281, n. 26. Hanno riconosciuto una certa analogia tra il sistema del Codice austriaco e quello romano della *Bonorum Possessio* Bruns, *Das heutige Röm. Recht* in Holtzendorff, *Encyc.*, § 92 in fine; Leist, *Cont.* del Glück, serie dei libri 37, 38, 2ª parte, n. 62. — L'Unger è contrario al sistema seguito dal Codice austriaco, e nel 1862 pubblicò uno scritto, facendo voti per la sua abolizione. Vedi Unger, *Erbrecht*, § 39, n. 1. In Austria un progetto di legge del 1866 adottava il sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità; il che diè occasione ad uno scritto critico del Randa, *Der Erwerb. der Erbschaft nach Oesterreichischen Rechte*, 1867. Per queste notizie vedi Leist, o. c., l. cit.

(4) Cod. franc. art. 778, Cod. nap. a. 695, Cod. par. a. 880, Cod. sar. a. 988, Cod. est. a. 962.

(5) La questione se una lettera sia sufficiente per aversi una accettazione espressa, è risoluta in vario senso dagli scrittori. Fra quelli che negano in ogni caso che una lettera possa contenere accettazione espressa è il Maleville, il quale dice che nella legge è presupposto un atto, sottoscritto con animo di obbligarsi. Maleville all'art. 778. Ma in generale gli scrittori l'ammettono, e fanno anche delle esemplificazioni. Nella valutazione se contenga una lettera l'accettazione espressa, è lasciata una certa libertà di apprezzamento al magistrato. Conf. Toullier, IV, 325; Duranton, VI, 373; Aubry e Rau, VI, § 611 *bis*; Arntz, II, n. 1392; Demolombe, XIV, 380; Laurent, IX, 289; Pacifici, *Succ.*, V, p. 63; Pastore, IX, p. 128, 129.

(6) L'art. 934 è la riproduzione letterale dell'art. 778 Codice francese, e non sono mancati gli appunti alla sua redazione. Si è detto che non sono due le condizioni per l'accettazione tacita, ma una sola, cioè un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare: quando si compie un atto che non si aveva diritto di fare altrimenti che nella qualità di erede, si manifesta in questo atto la volontà di accettare. Ma di fronte al pensiero chiaro della legge ogni discussione sulla formula è superflua. Conf. del resto Aubry e Rau, VI, § 811, n. 14; Arntz, II, 1293; Pacifici, *Succ.*, V, p. 67. La Corte di cassazione di Torino ritenne le due condizioni indicate nell'articolo 934 come cumulative, 20 novembre 1867 (*Annali*, I, 1, 424).

(7) L'art. 934 considera come *pro herede gestio* ogni atto che presuppone *necessariamente* la volontà di accettare. Tal parola usata dalla legge ha fatto dire che ciò costituisce una grave differenza col diritto romano, ove ogni atto, che dichiari la volontà di accettare, è considerato come tale. Pacifici, *Succ.*, V, p. 69. Ma non è a vedere per questo lato una diversità dal diritto romano, poichè l'art. 934 dice *necessariamente* nel senso che la volontà di accettare si manifesti *con sicurezza* nell'atto. E tale è l'insegnamento del diritto romano. Vedi Windscheid, III, § 596, 2. Vedi per le fonti L. 20, L. 21, L. 24, L. 86, 22, L. 87, *De adq. v. o. h.*, 29, 2; L. 4, L. 5, C. *De iure deliberandi*, 6, 30.

(8) Ciò discende logicamente dal principio, che il carattere di erede si acquista *ipso iure*. In tal caso, analogamente, nel diritto romano i *sui* perdevano il *beneficium abstinendi*. E lo perdevano anche pel caso che essi avessero comperati i beni paterni per interposta persona, e la compra era ritenuta come simulata: L. 91, *De adquir. vel omitt. her.*, 29, 2: Paulus *Respondit, si is qui bonis paternis se abstinuit per suppositam personam emptoris bona patris mercatus probatur, perinde eum convenire oportere a creditoribus atque si bonis paternis se immiscuisset*. Vedi Mühlenbruch, Cont. di Glück, XLII, p. 339. Ma per l'*heres extraneus*, nel caso di rinuncia dietro prezzo, ciò non valeva come *pro herede gestio*, ma contro di lui si potevano rivolgere le azioni, perchè possedeva *omissa causa testamenti*. Veniva però prima escusso il possessore dell'eredità. L. 24, *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2. Ulpianus *Fuit quaestionis, an pro herede gerere videatur, qui pretium hereditatis omittendae causa capit, et obtinuit hunc pro herede quidem non gerere, qui ideo accepit, ne heres sit, in edictum tamen praetoris incidere*. L. 2. *Si quis omissa causa testamenti*, 29, 4. Ulpianus *Licet pro herede gerere non videatur, qui pretio accepto praetermisit hereditatem, tamen dandam in eum actionem exemplo eius, qui omissa causa testamenti possidet hereditatem, divus Hadrianus rescripsit: proinde legatariis et fideicommissariis tenebitur*. § 1. *Sed utrum ab eo erit incipiendum et sic ad heredem veniendum an convertemus ordinem? Mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior excutiatur, maxime si lucrativam habet possessionem*. Quanto al diritto

nunzia è fatta da un coerede gratuitamente a tutti i coeredi, sia legittimi sia testamentarii, ai quali, la porzione del rinunziante, per diritto di accrescimento o per diritto di devoluzione, sarebbesi devoluta in caso di sua mancanza (art. 938) (1).

**59.** Gli atti semplicemente conservativi e di vigilanza non costituiscono per sè gestione di erede; ma se con essi si è assunto il titolo o la qualità di erede, si ha la *pro herede gestio* (art. 935). Se quindi nominando un amministratore, proponendo un sorvegliatore, si assume la qualità di erede, l'eredità s'intende accettata, ancorachè non sia intervenuto un atto scritto. La *pro herede gestio* si ha dunque in atti che manifestano la volontà di accettare (*fatti concludenti*) (2). E secondo le regole del diritto romano (3) sono esclusi gli atti fatti *pietatis causa*, come il seppellimento dei cadaveri, quelli fatti *custodiae causa*, come per es. gli alimenti prestati agli animali; così pure gli atti compiuti verso cose, che egli credeva sua proprietà (*aut putavit suae*), e gli atti che l'erede fa per conservare le cose ereditarie mentre delibera se debba o no accettare (*aut dum deliberat quid fecit, consulens ut salvae sint res hereditariae*). Non sono atti che implicano accettazione in conseguenza l'istanza per l'apposizione dei sigilli, o per la loro rimozione, quella per la formazione dell'inventario, l'interruzione della prescrizione, iscrizioni o rinnovazioni di ipoteche, sequestri ecc. Non includono accettazione gli atti, coi quali si compie l'ordinaria amministrazione, la coltivazione dei campi, la raccolta dei frutti ecc. (4).

**60.** Quanto alle locazioni, senza dubbio non inducono accettazione quelle che non eccedono la semplice amministrazione. Così la locazione di case per termini ordinarii secondo l'uso dei luoghi, ed anche la locazione dei fondi rustici per un tempo relativamente breve e secondo le circostanze (5). Il Pacifici estende la regola anche alle locazioni novennali, quando esse non si possano fare per un tempo più breve ed in buone condizioni ordinarie (6). Ma oltre il novennio, secondo il sistema della nostra legge, le locazioni di beni immobili sono considerate come atti di alienazione, ed infatti esse limitano grandemente la libera disponibilità del proprietario (art. 1572 ed arg. art. 296, 1314 n. 4, 1937 n. 5). Non si può ammettere in tal caso l'urgenza della locazione, e se l'erede procede a tali locazioni, è da ammettersi che, compiendo un atto di disposizione, abbia accettata l'eredità (7).

**61.** L'esercizio delle azioni, dirette puramente alla conservazione ed amministrazione delle cose ereditarie, rientra nelle ipotesi dell'art. 935 (8). Non implica nemmeno accettazione l'esercizio delle azioni possessorie, poichè l'erede ha il possesso di diritto (art. 925), e sol per questo, e non per l'accettazione, può esercitare le azioni possessorie (art. 926) (9). Tuttavia la continuazione del possesso reale dei beni ereditarii, per tre mesi dall'epoca dell'apertura della successione, o dalla notizia della devoluta eredità, ove gli eredi non siansi conformati alle disposizioni che regolano il beneficio dell'inventario, è considerato come atto di accettazione (art. 952) (10). Ed in condizioni analoghe io ritengo che valga come accettazione dell'eredità la continuazione del *possesso reale* per tre mesi, quando anche la presa di possesso sia avvenuta posteriormente all'apertura della successione ed alla notizia della devoluta eredità. Quanto agli eredi, che sono in pari tempo legatarii di cosa particolare ed ai creditori, che di propria autorità si mettono in possesso delle cose loro legate o proprie, v'ha dissenso. Si ritiene da un lato che tal fatto implica accettazione; poichè essi non

vigente in rapporto all'art. 936, è da notare che la donazione, la vendita o la cessione dei diritti ereditarii vanno sottoposte per quel che riguarda alle forme, alle prescrizioni stabilite per questi atti, quindi la prima deve essere fatta per atto pubblico (art. 1056), e la seconda, ove si riferisca ad immobili, per atto pubblico o scrittura privata (art. 1314). Anche la rinuncia fatta *gratuitamente* a vantaggio di uno o più coeredi nella ipotesi dell'art. 937 è sottoposta alle regole della donazione. Conf. Hureaux, *Succ.*, II, p. 277; Arntz, II, 1396. Anche quando la donazione o vendita dei diritti ereditarii fosse nulla come tale, per esempio per vizio di forma, vi sarebbe *accettazione tacita*, poichè il successore ha manifestata la sua volontà di accettare. Vedi Hureaux, p. 278; Arntz, l. c.; Aubry e Rau, § 611, n. 36.

(1) Per tale effetto è indifferente che la rinuncia al diritto di successione sia stata fatta nella forma prescritta dall'articolo 944, o per atto pubblico o scrittura privata. Conf. più innanzi § 13 n. 95.

(2) § 7, I. *De her. qual. et diff.*, 2, 19: *Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur vel vendendo res hereditarias aut praedia colendo, locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate..... Pro herede enim gerere est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant.*

(3) L. 20, *De adq vel omitt. her.*, 29, 2: Ulpianus, *Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse.* § 1. *Et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo. Ut puta patrem sepelivit vel iusta ei fecit: si animo heredis, pro herede gessit: enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse. Servos hereditarios pavit iumenta aut pavit aut distraxit: si hoc ut heres, gessit pro herede: aut si non ut heres, sed ut custodiat, aut putavit sua, aut dum deliberat quid fecit, consulens ut salvae sint res hereditariae, si forte ei non placuerit pro herede gerere, apparet non videri pro herede gessisse. Proinde et si fundos aut aedes vel locavit vel fulsit vel si quid aliud fecit non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est vel ab intestato heres extaturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit: in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fecit.*

(4) Aubry e Rau, § 611 *bis*, Arntz, II, 1394, Laurent, IX, 314, Pacifici, *Succ.*, V, p. 73, 74.

(5) Aubry e Rau, l. c., Arntz, l. c., Laurent, IX, 315, Pacifici, *Succ.*, V, p. 73.

(6) Pacifici, l. c., p. 75.

(7) In rapporto alle locazioni si cita come in contrario alle regole del diritto odierno la L. 20, *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2 (Conf. sop. nota 3) ed Inst., § 7, *De her. qual.*, 2, 19; ma a torto, poichè le locazioni possono secondo questi testi essere di gestione di erede o no, secondo che siavi o no l'*animus pro herede gerendi (hoc animo ut velit esse heres)*.

(8) Pacifici, *Succ.*, V, p. 76.

(9) Pacifici, l. c.

(10) Conf. più innanzi n. 89, 90. Riscontra A. Venezia, 6 febbraio 1883 (*Foro, Rep.*, v. *Succ.*, n. 165, 166, a. 1883).

hanno il diritto di ciò fare come legatarii o creditori; il possesso quindi non può altrimenti essere preso da loro che in qualità di erede (1). Il Duranton distingue tra il legatario ed il creditore; nel primo caso ammette che si abbia accettazione; ma non nel secondo caso (2). Si è pure discusso il caso che l'erede abbia pagati i debiti dell'eredità col proprio danaro ovvero con quello ereditario (3), e se abbia pagata la tassa di successione (4). Bene l'*Hureaux* osserva che i casi speciali sfuggono a qualsiasi teorica, e che è compito dell'intuizione giuridica ravvisare nei casi particolari un atto di gestione di erede, ovvero escluderla. Tutti questi atti per sè non sono atti di gestione, ma possono esserlo, quando vi sia l'*animus pro herede gerendi* (5). Ma dall'altro lato l'intentare la *petitio hereditatis*, o l'*a. familiae erciscundae*, costituisce l'esercizio del diritto ereditario, ed implica accettazione (6).

**62.** Già nel diritto romano si ha la regola che nei casi di atti equivoci, cioè che possono essere ritenuti come atti di gestione, giova accompagnare l'atto con protesta, che non si intende accettare con ciò l'eredità (7). Nel diritto francese ed italiano si aggiunge che in tal caso è utile chiedere l'autorizzazione all'autorità giudiziaria (8). Però il Laurent contesta a questa una tale facoltà (9). Il Pacifici osserva che in tal caso l'ammissibilità dell'autorizzazione discende dai principii generali di diritto. I principii generali di diritto qui non paiono sufficienti, poichè in generale l'autorità giudiziaria non interviene a garentire i privati contro i possibili effetti dannosi di loro atti; ma si potrebbe invece, durante il tempo in cui ancora è dato accettare o rinunziare (*dum deliberat*), considerare il chiamato come un curatore dell'eredità (arg. art. 964 capoverso, 974, 988), e così riconoscere in lui il diritto di chiedere l'autorizzazione (arg. art. 965, 974) (10).

**63.** Oltre al caso della espressa accettazione dell'eredità, della presunta e della tacita, v'ha il caso ancora della accettazione dichiarata dalla legge; e si ha quando gli eredi sottraggono o nascondono effetti spettanti alla eredità. Essi decadono dalla facoltà di rinunziare, e restano eredi puri e semplici, non ostante la loro rinunzia (art. 953). Tale disposizione da un lato è l'effetto del sistema dell'acquisto *ipso iure*, dall'altro ha un carattere penale. Nel diritto romano diversa era la regola pei *sui* o per gli estranei. I primi, ove avessero sottratti oggetti appartenenti all'eredità, perdevano il *beneficium abstinendi*; non vi poteva essere contro di loro l'*a. furti* (11); invece per l'*heres extraneus* la sottrazione non poteva considerarsi come atto di gestione di erede, poichè la sottrazione non era fatta con l'*animus pro herede gerendi*, ma con l'*animus furandi* (12). Nel diritto italiano come nel diritto francese col fatto della sottrazione o dell'occultamento si consolidano gli effetti dell'acquisto *ipso iure*. Però è necessario che il fatto della sottrazione o dell'occultamento degli effetti ereditarii sia doloso: chi avesse errato credendo che la cosa non fosse ereditaria, non cade nelle prescrizioni di questo articolo (13).

**64.** Secondo la formula dell'art. 953 la sottrazione o l'occultamento degli effetti ereditarii equivale ad accettazione, ed i colpevoli restano eredi puri e semplici, non ostante che rinuncino. È dunque presupposta la rinunzia posteriore al fatto colpevole. Cosicchè nel caso che in se-

(1) Aubry e Rau, VI, § 611 *bis*, n. 26; Toullier, IV, 320.

(2) Duranton, VI, 401. Conf. App. Milano, 5 dicembre 1877 (*Foro, Rep.* 1877, v. *Successione* n. 199).

(3) Pacifici, *Succ.*, V, p. 74; Arntz, II. 1394. Conf. App. Milano, 5 dicembre 1877 (citata in nota precedente).

(4) Troppo assolutamente il Pacifici esclude il pagamento della tassa di successione dagli atti, che possono essere considerati come atti di gestione di erede. La valutazione di questo atto come di altri deve essere fatta secondo le circostanze. Conf. Arntz, II, 1394. Quanto alla Giurisprudenza italiana, vedi per l'affermativa C. A. Venezia, 4 marzo 1874 (Pacifici, *Rep.* v. *Eredità*, n. 1866); per la negativa App. Napoli, 28 gennaio 1878 (*Foro, Rep.* 1887, v. *Successione*, n. 204), Cass. Roma, 1° aprile 1880 (*Foro, Rep.* 1880 v. *Tassa di successione*, n. 53).

(5) Hureaux, *Succ.*, p. 294, 295. Per una più minuta analisi di casi vedi Demolombe, II, n. 402-595.

(6) Conf. Cass. Roma, 28 dicembre 1877, *Foro it.*, 1878, I, 5. Quantunque la Corte decidesse di una questione, che cadeva sotto l'impero del Regolamento giudiziario pontificio del 1834, pure le sue considerazioni in rapporto anche alla semplice richiesta verbale si applicano con maggiore ragione all'esercizio della petizione di eredità sotto l'impero del diritto italiano. Conf. la nota ivi apposta da De Crescenzio che riferisce nello stesso senso una decisione dell'Alta Corte di Darmstadt dell'11 gennaio 1854. Quanto all'esercizio dell'*a. familiae erciscundae* vedi A. Napoli, 20 luglio 1881 (*Foro, Rep.* 1882, v. *Successione*, n. 154).

(7) Vedi L. 20, § 1, *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2, citata sopra, p. 419, n. 3.

(8) Toullier, IV, 331, 332; Duranton, VI, 405; Aubry e Rau, VI, § 611 *bis*; Arntz, II, 1394; Pacifici, *Succ.*, V, p. 77.

(9) Laurent, XIV, 318.

(10) L'Arntz, l. c., argomenta dall'art. 796 Cod. francese corrispondente all'art. 965 Cod. ital.

(11) L. 71, § 3, *De adquir. vel omitt. her.*, 29, 2: Ulpianus *Praetor ait « si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur ».* § 4 *Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit.* § 5. *Non dixit Praetor « si quid amoverit » sed « si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea amoveretur »: sive ergo ipse amoverit sive amovendum curaverit, edictum locum habebit.* § 6. *Amovisse eum accipimus, qui quid celaverit aut interverterit aut consumpserit.*

(12) L'erede non adendo, le *res hereditariae* appartengono all'*hereditas iacens*. L. 21, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: Ulpianus *Si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit: nam admissum contrariam voluntatem declarat.* L. 2, D. *Expilatae hereditatis*, 47, 18: Ulpianus *Si expilatae hereditatis crimen intendatur, praeses provinciae cognitionem suam accomodare debet: cum enim furti agi non potest, solum superest auxilium praesidis.* § 1. *Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam ante quam res ab herede possessa sunt. Nam in hunc casum furti actionem non competere palam est: quamvis ad exhibendum agi posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit.* L. 6 *eod.* Paulus *libro primo ad Neratium. Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit.* Paulus: *rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.*

(13) L. 71, § 8, *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: Ulpianus *Amovere non videtur, qui nec callido animo nec maligno rem reposuit: ne is quidem qui in re erravit, dum putat non esse hereditariam.* Quanto al diritto francese cf. Hureaux, *Succ.*, II, p. 282, ed al diritto italiano Pacifici, *Succ.*, V, p. 101.

guito alla sottrazione ed al celamento la rinuncia non segua, l'erede intendesi che abbia accettato (1). Quando segue la rinunzia, la dichiarazione fatta dalla legge di eredi puri e semplici per parte di chi eseguì il fatto colpevole è scritta, per consenso generale della dottrina, in favore degli interessati (coeredi, eredi successivi, legatarii, creditori): l'erede quindi non potrebbe avvalersi di essa per fare annullare la sua rinunzia (2). Se quindi gli interessati scelgono di accordo di ritenere come valida la rinuncia, i rapporti tra i creditori ed i chiamati all'eredità in seguito alla rinuncia vengono stabilmente fissati, come se il primo erede non fosse mai stato chiamato alla successione (art. 945). Ma se sorge disaccordo nell'interesse dei coeredi o dell'erede successivo e dei creditori, deve prevalere l'interesse di questi: i creditori fanno dichiarare l'erede colpevole di sottrazione o di occultamento erede puro e semplice in base all'art. 953; la qualità ereditaria resta così fissata in lui, nè i coeredi o gli eredi successivi possono invalidare il diritto dei creditori (3). Però è anche accettabile l'opinione, che ove i coeredi e successivi eredi si dichiarino pronti a soddisfare le ragioni dei creditori, e diano perciò sicure garantie, questi più non hanno interesse ad insistere, affinchè il rinunziante sia dichiarato erede puro e semplice (4) (5).

**65.** Se la sottrazione o il celamento avvengono dopo fatta la rinuncia, è a distinguere se sono compiuti dopo o prima dell'accettazione da parte degli altri eredi o eredi successivi; se dopo l'accettazione v'ha un furto, senza distinguere, come opinano taluni scrittori, se la rinuncia è stata preordinata alla sottrazione od all'occultamento, ovvero no (6). Se poi il fatto colpevole si compie prima dell'accettazione degli altri coeredi o degli eredi successivi, v'ha controversia. Alcuni opinano che se dopo la rinuncia, ma prima che altri accettino, l'erede sottrae o cela effetti ereditarii, v'ha accettazione, ed in conseguenza è per lui applicabile l'art. 950, che dà all'erede rinunciante il diritto di accettare anche dopo la sua rinunzia, se altri non abbia ancora accettato (7). Altri invece pensano che non vi è accettazione, non per l'art. 953, poichè in questo articolo è presupposto che il fatto colpevole preceda la rinunzia, nè in disposizioni penali può argomentarsi per analogia; nè per l'art. 950, poichè questo presuppone un atto che dichiari la manifesta volontà di accettare, e la volontà di accettare non vi è in chi sottrae od occulta effetti ereditarii (8). E vi ha anche chi aggiunge che il fatto dell'occultamento e della sottrazione precluda un formale atto di accettazione presupposto dall'art. 950 (9). Prescelgo col Pacifici la seconda delle opinioni esposte (10). Avvenuta la rinuncia, la delazione e l'acquisto si verificano pel grado susseguente: perchè l'erede successivo non ancora ha accettato, non per questo vi ha meno per lui l'acquisto di diritto del carattere di erede, e della proprietà e del possesso delle cose ereditarie. Non vi può essere accettazione, perchè questa è esclusa dall'intenzione dolosa dell'erede di primo grado; ma il furto obiettivamente, per così dire, non si compie se non quando l'erede, al quale l'eredità è devoluta, accetta; in conseguenza se l'erede di primo grado accetta dopo avere rinunciato, nelle condizioni dell'art. 950, non parmi accettabile l'opinione che l'accettazione rimanga senza conseguenze, considerandosi quel diritto consumato col fatto colpevole della sottrazione o dell'occultamento. E ciò è anche confortato dalla considerazione che è generalmente

(1) Analogamente nel diritto romano pei *sui*. Vedi sop. p. 420, n. 11. Conf Duranton, VI, 480; Maleville, art. 792.

(2) Zachariae, IV, § 613; Aubry e Rau, § 614, n. 45; Arntz, II, 1418; Stabel, *Inst.*, p. 214.

(3) Pacifici, *Succ.*, V, p. 140; Demolombe, XIV, 495. Il Pastore argomentando dalla soppressione che il Codice sardo fece nell'art. 1008 (corrispondente all'art. 792 Codice francese) delle ultime parole di questo articolo, *senza che possano pretendere alcuna parte nelle cose sottratte o nascoste*, mette in dubbio se ai coeredi sia dato il diritto di impugnare la rinuncia di chi ha operata la sottrazione o il celamento. Pastore, IX, p. 223. Il Codice italiano ha seguito l'esempio del Codice sardo; ma nè sotto l'impero di questo Codice, nè del Codice vigente può mettersi in dubbio l'interesse del coerede, ad invalidare la rinuncia, poichè può interessare pel caso del diritto di accrescimento, mantenere l'accettazione di uno dei coeredi, acciocchè questi per la sua parte resti obbligato verso i creditori dell'eredità.

(4) Pacifici, Demolombe, l. c.

(5) Quanto ai rapporti penali il Codice vigente ha l'art. 402: « Chiunque s'impossessa della cosa mobile altrui per trarne profitto, togliendola dal luogo dove si trova, senza il consenso di colui al quale essa appartiene, è punito con la reclusione fino a tre anni. Il delitto si commette anche sopra le cose di una eredità non ancora accettata, e dal comproprietario, socio o coerede sopra le cose comuni, o dell'eredità indivisa, da lui non detenute. La quantità del tolto si misura detraendo la parte spettante al colpevole ». Il capoverso di questo articolo non si ha nè nel Codice penale francese, nè nei Codici italiani che lo seguirono, ed è derivato dal Codice toscano (art. 375). Esso passò in tutti i successivi progetti di Codice penale italiano. Quanto ai motivi, vedi *Processi verbali della seconda Commissione per la compilazione del Codice penale*, p. 417. Firenze, 1870, e Relazione del ministro Zanardelli alla Camera, p. 371, 372. Roma, 1887. Noto però che nelle parole usate nel verbale citato vi è qualche imprecisione, e che nella stessa Relazione dello Zanardelli il concetto non apparisce chiaro e completo. Qui non è il luogo di fare una lunga esplicazione storica e dottrinale dell'art. 402 del vigente Codice penale. Sotto l'impero anche di questo Codice rimangono invariati i principii di diritto civile esposti nel testo. L'erede, che è solo, se sottrae secondo l'ipotesi dell'art. 953 Codice civile effetti ereditarii, non commette furto. Lo commette invece un coerede che a danno dell'altro coerede s'impossessa della cosa ereditaria da lui non detenuta.

(6) Aubry e Rau, VI, § 613; Laurent, IX, 399. Opinano che nel caso della rinuncia allo scopo di compiere il celamento o la sottrazione si applichi l'articolo 953, Toullier, IV, 350, Demolombe, IX, 488. Fra gli italiani segue l'opinione esposta nel testo Pacifici, *Succ.*, V, p. 107. Analogamente nel diritto romano il *suus* nel caso di sottrazione, ecc., di cose ereditarie dopo essersi astenuto, era considerato come un ladro, e contro di lui era data l'*a. furti*. L. 71, § 9, *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: *Haec verba edicti ad eum pertinent, qui ante quid amovit, deinde se abstinet: ceterum si ante se abstinuit, deinde tunc amovit, hic videamus an edicto locus sit. Magisque est, ut putem istic Sabini sententiam admittendam, scilicet ut furti potius actione creditoribus teneatur.*

(7) Aubry e Rau, VI, § 613; Demolombe, XIV, 489; Arntz, II, 1419. Però l'Arntz anche in questo caso opina che il coerede o l'erede di un grado successivo, ove abbiano interesse, possono mantenere la rinuncia, perchè il rinunciante non può prevalersi d'un atto di accettazione, che è una colpa.

(8) Aubry e Rau, VI, § 613; Demolombe, XIV, 489.

(9) Hureaux, *Succ.*, II, p. 284.

(10) Pacifici, *Succ.*, V, p. 108.

ammesso, che ove l'erede prima di ogni dimanda degli interessati volontariamente restituisca le cose sottratte o nascoste, si sottrae alla conseguenza di essere considerato come erede puro e semplice a norma dell'art. 953 (1).

**66.** Se i fatti colpevoli previsti dall'art. 953 sono commessi da un minore, è controverso, se egli incorra nella sanzione d'essere considerato come erede puro e semplice. L'argomento principale per sostenere l'opinione affermativa è desunto dall'art. 1306 (conforme all'art. 1310 Cod. franc.), che equipara il minore al maggiore di età nelle obbligazioni nascenti da delitto o da quasi delitto (2). Ma dall'altro lato si osserva a ragione, che la legge espressamente dispone che le eredità *devolute ai minori non si possono validamente accettare, che col benefizio dell'inventario* (articolo 930). Il minore in conseguenza, qualunque siano i fatti colpevoli commessi, resta fino alla maggiore età erede beneficiato, egli quindi non può essere dichiarato erede puro e semplice a norma dell'art. 953 (3). E ciò tanto più sotto l'impero del Codice italiano, nel quale s'ha l'art. 963 (derivato dall'art. 1119 Cod. sardo), il quale dichiara, che i minori non s'intendono decaduti dal beneficio dell'inventario, se non al compimento successivo della loro maggiore età (4). E l'istesso deve dirsi pel caso dell'interdetto e dell'inabilitato (art. 930, 931, 963). Se il minore è equiparato al maggiore trattandosi di delitti o quasi delitti, tale regola avrà anche nel caso presente la sua applicazione, in quanto contro di lui potrà sempre, come contro il maggiore di età, intentarsi un'azione per danni (5).

Secondo il Codice italiano, seguendo anche in ciò il Codice sardo, l'effetto del celamento o della soppressione degli effetti ereditarii, è soltanto il restare eredi puri e semplici; mentre nel Codice francese (come negli altri Codici italiani preesistenti) l'erede colpevole di quei fatti non può *pretendere alcuna parte nelle cose sottratte o nascoste* (art. 782 Cod. franc., art. 709 Cod. napoletano, art. 897 Cod. par., art. 981 Cod. esten.). Tale sanzione è parsa al legislatore italiano eccessiva. Ed in conseguenza di tale soppressione, è affatto inutile la discussione che si fa sotto l'impero del diritto francese, se l'erede *capax doli*, benchè non possa decadere dal beneficio dell'inventario, incorra in essa (6).

**67.** Alla regola dell'art. 953 si rannoda quella dell'articolo 967, pel quale l'erede colpevole di avere scientemente e con mala fede omesso di descrivere nell'inventario qualche effetto appartenente all'eredità, decade dal benefizio dell' inventario. Resta dunque anche egli erede puro e semplice. L' esplicazione più completa di questa regola trova posto più opportuno nella trattazione sul beneficio dell'inventario.

**68.** La dichiarazione della legge, di accettazione dell'eredità nella forma pura o semplice, si ha anche nei casi di decadenza dal beneficio dell'inventario. Già si è visto un caso di decadenza nel fatto di sottrazione od occultamento di effetti ereditarii (art. 967). Un altro caso di decadenza dal beneficio dell'inventario, ed in conseguenza di dichiarazione di accettazione puramente e semplicemente dell'eredità, si ha per non avere fatto l'inventario e deliberato nei termini stabiliti dalla legge. Nel caso che l'erede si trova nel possesso reale dell' eredità, il termine per fare l' inventario è di tre mesi, salvo una proroga del pretore per compierlo, di altri tre mesi o anche di un termine maggiore, se ciò fosse necessario per *particolari gravi circostanze* (art. 959). Se l'erede non ottempera alle prescrizioni della legge, s'intende che abbia accettata puramente e semplicemente l'eredità (art. 960). E si ha per erede puro e semplice, anche quando compiuto l'inventario, egli non deliberi entro quaranta giorni, dal giorno del compimento dell'inventario, di accettare o di rinunziare l'eredità (art. 961). Quando l'erede non si trovi nel possesso reale dell'eredità, nè si sia in essa ingerito (perchè in tal caso v'ha *pro herede gestio*, ed in conseguenza accettazione tacita dell'eredità), egli ha il normale periodo di trenta anni per dichiarare se accetta col beneficio dell'inventario; però ove siano proposte istanze contro di lui, l'autorità giudiziaria fissa il giorno, dal quale incominceranno a decorrere i termini stabiliti dalla legge per l'inventario e per deliberare (art. 959-961); e scorsi i termini egli resta erede puro e semplice (art. 962). Secondo il sistema del nostro Codice i creditori adunque hanno la facoltà o di intentare direttamente la loro azione contro l'erede, ed obbligarlo così a dichiarare se intenda accettare puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario, stabilendosi un termine per compiere questo e per deliberare a norma dell'art. 962, scorso il quale l'eredità s'intende accettata puramente e semplicemente, se l'erede entro i termini fissati non ha compiuto l'inventario, nè deliberato; ovvero intentare l'azione a base dell' art. 951 per costringere l'erede nella inazione a dichiarare se accetti o rinunzii l'eredità stessa. L'autorità giudiziaria in tal caso fissa il termine per la dichiarazione, e decorso questo termine senza che siasi fatta la dichiarazione, l'eredità s'intende repudiata. Anche queste regole avranno in altro luogo più ampio sviluppo (7).

**69.** Nel diritto romano l'antica forma dell'accettazione,

(1) Hureaux, *Succ.*, II, p. 283; Demolombe, XIV, 480; Laurent, IX, 366; Pacifici, *Succ.*, V, p. 109.

(2) Delvincourt, II, n. 92, 105; Mourlon, II, 112; Troplong, *Contrat de Mariage*, n. 1567.

(3) Duranton, VI, 480; Aubry e Rau, § 612, testo e nota 26, § 613, testo e nota 53; Zachariae, § 612, n. 17; Marcadé, articolo 792; Demolombe, XIV, 336, 472; Hureaux, II, p. 468, 469; Dalloz, v. *Succ.*, n. 642, e la giurisprudenza ivi citata; Pacifici, *Succ.*, V, n. 103.

(4) Sotto l'impero del Codice sardo tale argomento fu opportunamente addotto dal Pastore, IX, p. 280.

(5) Hureaux, II, p. 470; Demolombe, XIV, 336; Pacifici, *Successioni*, V, p. 102.

(6) La dottrina dominante è per l'affermativa, Aubry e Rau, § 612, testo e nota 27; Puchelt in Zachariae, § 612, n. 17; Marcadé, art. 792; Hureaux, II, p. 467, 468. Il Duranton però, pure accettando in massima questa opinione, avvisa che in certi casi si potrebbe altrimenti decidere in vista di speciali circostanze. Duranton, VI, 480.

(7) Conf. intanto Pacifici, *Succ.*, V, p. 112, 130, 131, pag. 17. Quanto agli articoli 951 e 952 conf. più innanzi n. 87-90. Il sistema del Codice francese è ben diverso da quello del nostro Codice. Il Codice francese non ha la disposizione dell'art. 951, nè quelle degli articoli 952, 959, 960, 961. Non vi ha la differenza tra l'erede, che si trova nel possesso reale, e quello che non vi si trova, agli effetti delle disposizioni precedentemente citate. Il Codice francese ha le seguenti regole. Dopo la dichiarazione di un erede che egli intende di accettare tal qualità

la *cretio*, non poteva compiersi per procuratore. Ciò, come avverte il Mühlenbruch, sia per i principii, che regolavano gli atti solenni, sia per la formula stessa della *cretio* (1). Dall'altro lato è riconosciuto che l'accettazione propria della *bonorum possessio* (l'*agnitio*), potesse farsi per procuratore (2). È però controverso se si ammettesse in generale una *aditio* per procuratore (3). Qualunque siasi la soluzione di questa controversia nel diritto romano puro, la pratica del diritto comune odierno l'ammette; e solo si esige un mandato speciale (4). Sotto l'impero del diritto francese ed italiano non si dubita che l'accettazione possa compiersi per mezzo di mandatario (5). Però è necessario un mandato *speciale*, non nel senso che sia necessario un mandato per ogni singola successione, ma un mandato che conferisca al mandatario il potere di accettare qualsiasi successione (arg. art. 1058) (6). Il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione (art. 1741). Se nel mandato scritto si assume la qualità di erede, con ciò stesso vi ha accettazione espressa (articolo 934, 1° comma). Se non si assume la qualità di erede, l'accettazione è subordinata alla esecuzione del mandato, e finchè il mandato non sia eseguito esso può essere rivocato (7). Nel diritto francese si è discusso se vi possa essere mandato

---

col beneficio dell'inventario (art. 793), egli ha tre mesi per fare l'inventario, da computarsi dal giorno dell'apertura della successione, e quaranta giorni per deliberare sull'accettazione o rinuncia dell'eredità, da computarsi dal giorno della scadenza dei tre mesi accordati per l'inventario, o dal giorno in cui fu compito l'inventario istesso, nel caso che fosse ultimato prima dei tre mesi (art. 795). Scorsi i suddetti termini, l'erede in caso che venga chiamato in giudizio, può chiedere un nuovo termine, il quale gli potrà essere accordato o negato secondo le circostanze dall'autorità giudiziaria (art. 798). Ma l'erede, benchè siano scorsi i termini, secondo i casi degli articoli 795 e 798, può sempre fare l'inventario e qualificarsi erede beneficiato, se non abbia fatto atto proprio di erede, o *non vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato, la quale lo condanni nella qualità di erede puro e semplice* (art. 800). Fra i Codici italiani preesistenti il Codice napoletano riprodusse letteralmente le disposizioni del Codice francese (articoli 712, 715, 717 Cod. nap.), e le riprodusse anche il Codice parmense (articoli 915, 917, 919 Cod. par.). Il Codice di Parma però fu il primo Codice italiano che stabilì il diritto degli interessati di costringere l'erede a dichiarare se intende accettare o rinunziare l'eredità (art. 895). Il sistema del Codice italiano si appunta a quello del Codice sardo che riprodusse la disposizione dell'art. 895 Codice di Parma nell'art. 1006, ma aggiunse le disposizioni contenute negli articoli 1007, 1014, 1015, 1016, 1017 (corrispondenti agli articoli 952, 959, 960, 961, 962 Codice italiano). Però tra il Codice sardo ed il Codice italiano è a notare una divergenza, in quanto secondo il Codice italiano (art. 961) l'erede, che compiuto l'inventario non delibera nel termine di quaranta giorni di accettare o rinunziare l'eredità, si ha per erede puro e semplice (secondo il doppio caso dell'art. 959 e dell'art. 962), nel Codice sardo invece si considerava come accettante col benefizio dell'inventario (articoli 1016, 1017 Codice sardo). Così secondo il Codice sardo v'era una diversa sanzione pel caso di non aver fatto l'inventario nei termini, e quello di non aver deliberato: pel primo si era considerato come erede puro e semplice (art. 1015), pel secondo come accettante col beneficio dell'inventario (art. 1016). Quanto all'antico diritto piemontese anteriore al Codice del 1837 vedi Richeri, *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, II, 11, 7954-7967. L'innovazione al Codice sardo, già notata, fu proposta dal Pisanelli ed accettata dal Senato. Non v'ha però traccia dei motivi nelle Relazioni, nè nei verbali della Commissione. Il sistema del Codice italiano è da lodare per la perfetta coerenza e la semplicità. Il Codice sardo immutò nell'art. 1017 l'eccezione contenuta nell'art. 800 Codice francese. Mentre questo nega la facoltà di fare l'inventario e di qualificarsi erede beneficato, quando abbia esercitato atto proprio di erede, o *vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato*, il Codice sardo (articolo 1017) prescrisse che se l'erede non si fosse immischiato nell'eredità (e ciò in conformità del diritto francese), e *se vi fossero istanze contro di lui promosse*, i termini per far l'inventario e per deliberare decorrono dal giorno stabilito dall'autorità giudiziaria; ed in ciò sta l'immutazione che è passata nel Codice italiano (art. 962). Felice è tale immutazione: essa così ha soppressa la grave questione dibattuta nel Codice francese per l'interpretazione contenuta nell'ultima parte dell'art. 800, sostenendosi da alcuni che la *res iudicata* in questo caso ha effetto *erga omnes*: Maleville all'art. 782 in fine; Merlin, *Rep.* v. *Successione*, sez. I, § 5, n. 4, e *Quest.* v. *Erede*, § 8; Zachariae, § 612 testo e nota 14; Marcadé, all'art. 800, n. 2; Hureaux, II, p. 198 e segg., p. 477 e segg. Da altri invece sostiensi che l'art. 800 non ha punto modificata la massima *Res iudicata non facit ius, nisi inter partes*, riprodotta nell'articolo 1351 Codice francese, e che quindi esso debbe intendersi nel senso che l'erede, contro cui si è ottenuta sentenza passata in giudicato, sia erede puro e semplice soltanto rispetto all'attore. Vedi in questo senso Toullier, IV, 344, n. 1; Duranton, VII. 25; Laurent, IX, 390, 391; Arntz, II, 1449 e specialmente Aubry e Rau, § 612 testo e nota 25, e § 613 testo e nota 57.

(1) Mühlenbruch, *Cont.* di Glück, XLII, p. 401. Per la formula della *cretio* vedi sopra n. 55.

(2) L. 3, § 7, D. *De bon. poss.*, 37, 1: Ulpianus *Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum, vel per alium.*

(3) Conf. Mühlenbruch, XLIII, p. 401 e segg.; Arndtz, *Pand.*, § 508, *Ann.* 2, e Rechtslexicon, IV, p. 16; Sintenis, *Das practische gemeine Civilrecht*, III, § 183, n. 28; Windscheid, III, § 596, n. 11; De Crescenzio, *Nota alla sentenza della Cassazione di Roma 28 dicembre 1873* (*Foro italiano*, III, I, 6).

(4) Windscheid, l. c. Il Regolamento pontificio del 1834 dispose testualmente che l'accettazione formale si potesse fare per procuratore in virtù di mandato speciale, § 1541.

(5) Zachariae, IV, § 611; Aubry e Rau, § 611*bis*, testo e nota 33; Duranton, VI, 399; Pacifici, *Ist.*, VI, p. 366.

(6) Arntz, II, n. 1391.

(7) Aubry e Rau, § 611*bis*; testo e note 35, 36; Duranton, VI, 399. Già si è visto come sotto l'impero del diritto romano sia controverso se l'adizione possa compiersi mediante procuratore. Però si dice che il mandato di accettare una eredità importa esso stesso accettazione. Tale è la dottrina contenuta già nella *Glossa: statim quod mando de adeundo; iam adeo; et ita nihil remanet faciendum per procuratorem* (Glossa in L. 19, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2). Tale dottrina fu seguita da Bartolo e da Baldo, e da altri giureconsulti medioevali. Vedi in Marta, *Summa totius successionis legalis*, Pars. IV, Quaestio XIII, art. II: *Quando constituitur procurator ad adeundam, vel recusandam hereditatem, tunc aditio vel recusatio fit in ipso actu constitutionis Procuratoris.* Analogamente dice l'Averanio: *Si mandat procuratori, ut suo nomine adeat, hoc ipso adit ipse hereditatem. Nec opera aut ministerio procuratoris amplius opus est, ad adeundam hereditatem.* Averanius, *Interpr. iuris*, Lib. I, Cap. XII, IV. E tra i moderni tale è anche la dottrina del Mülenbruch cont. di Glück, XLII, p. 409, 410. Ma contro l'esattezza

verbale ad accettare dell'eredità. In contrario si è argomentato dall'art. 778 Cod. francese (corrispondente all'articolo 934 Cod. italiano). Ma si è osservato che altro è l'assumere verbalmente il titolo di erede, altro è dare un mandato anche verbale di assumere siffatta qualità (1). Sotto l'impero del Codice italiano è da aggiungere che niun mandato è compreso tra gli atti che debbono farsi per iscritto sotto pena di nullità (art. 1314) (2). Ora si domanda se nell'accettazione dell'eredità possa aversi anche una *negotiorum gestio*. Nel diritto romano ritiensi che nel sistema della *bonorum possessio* l'*agnitio* potesse essere fatta da un *negotiorum gestor*, purchè intervenisse in seguito *ratihabitio* (3). Sotto l'impero del diritto italiano la questione è stata decisa nel senso negativo dalla Corte d'app. di Genova, sentenza del 17 febbraio 1888 (4). La Corte considerò *che l'accettazione di una eredità è un atto di sì grande e comprensiva importanza, chè senza il consenso espresso o tacito di chi deve eseguirlo, non è lecito a chicchessia, nemmeno col proposito di fare cosa utile per lui, di farla in suo nome*. Il Cogliolo non approva questa decisione. Egli dice che l'art. 924 del Cod. civile non esclude l'accettazione dell'eredità dalla *rappresentanza*, e l'art. 1141 estende la *negotiorum gestio* a tutti gli affari capaci di essere rappresentati (5). Che per l'accettazione sia ammessa la rappresentanza, è fuor di dubbio, se si ammette il mandato. Tuttavia è a vedere se la legge, esigendo una volontà decisa di accettare nell'accettazione espressa e nella tacita (poichè questa consiste in un atto che riveli *necessariamente* la volontà di accettare), ammetta la *negotiorum gestio*, nella quale l'atto si compie senza la volontà dell'erede. A me pare che la *negotiorum gestio* possa ammettersi, ma con la stessa condizione stabilita dal diritto romano per l'*agnitio*, cioè che l'erede ratifichi l'atto. Se l'erede si rifiuta a ratificare, l'accettazione dell'eredità è nulla; nè, come pensa il Cogliolo, essa sarà valida, quando l'atto di gestione *ha ad evidenza il requisito dell'utiliter gestum* (6). Si renderebbe così obbligatoria l'accettazione da parte dell'erede. E qui ha ragione di dire la Corte di appello di Genova: *Se contro l'erede s'invocasse il disposto dell'art.* 1144 *Codice civile per obbligarlo a rispettare l'atto compiuto, dimostrandogli che gli fu vantaggioso, egli potrebbe con ragione opporre che l'accettazione di una eredità involge non solo materiali utili, ma anche un complesso di ragioni morali, da giustificare pienamente il suo rifiuto*. Nè tra l'ammettere l'accettazione in seguito a mandato anche per qualsiasi successione, ed il negare la validità dell'accettazione in seguito a gestione di negozio non ratificata vi è alcuna contraddizione; poichè nel mandato è affidato l'incarico a persona conosciuta e di fiducia del mandante, e questi può anche confidare negli apprezzamenti morali della convenienza di accettare l'eredità. Ma il gestore di negozio non è persona scelta dal *dominus negotii*, verso di lui questi non ha alcun dovere che derivi dalla fiducia in lui riposta, siccome è il caso del mandato.

### § 9. — *Effetti dell'accettazione.*



**70.** Secondo la teorica da me accettata sull'acquisto *ipso iure* del carattere di erede, l'accettazione conferma irrevocabilmente tutti gli effetti dell'acquisto. Questi effetti saranno esposti in altra parte della trattazione: in ogni modo, accennandoli ora, l'erede rimane erede irrevocabilmente; irrevocabile diventa l'acquisto di ogni diritto attivo della successione (proprietà, diritti reali, diritti di credito), ed irrevocabilmente si assumono tutte le obbligazioni della successione: se vi è stata accettazione pura e semplice, si ha confusione definitiva del patrimonio dell'erede con quello del defunto.

**71.** L'accettazione ha effetto retroattivo (art. 933). Ma anche qui è da osservare che tale regola ha un significato ben diverso da quello che aveva nel diritto romano (7). Imperciocchè in questo per effetto dell'accettazione retroagisce l'acquisto stesso del carattere di erede, poichè l'eredità si acquista mediante accettazione; nel diritto italiano, a mio parere, come nel diritto francese, l'acquisto si ha già con la pura delazione, in regola al momento della apertura della successione. La continuità della proprietà e del possesso dei diritti ereditari nel diritto italiano e nel diritto francese è l'effetto della *investitura ereditaria* (*saisine iuris*). L'effetto fondamentale della retroattività dell'accettazione sta nella irrevocabilità dell'acquisto: è tale irrevocabilità che si considera come operantesi nel momento stesso della delazione. Quando, secondo i con-

di questo concetto vedi Arndts, *Pand.*, § 588, n. 2. — Nel diritto moderno, secondo l'opinione esposta nel testo, il mandato è per sè accettazione, quando si è in esso assunta la qualità di erede; è un vero e proprio incarico di accettare, quando tale qualità non è assunta; cosicchè, come dicono Aubry e Rau, fino alla esecuzione del mandato non vi ha che un semplice progetto, e solo l'esecuzione del mandato lega il mandante, sia verso il mandatario, sia verso i terzi. La volontà del mandante è sempre ritrattabile sino alla esecuzione del mandato. Quanto alla distinzione, fatta già dallo Chabot e riprodotta da Duranton, tra il mandato concepito in termini generali di accettare l'eredità, e quello in cui si dà mandato di compiere un atto, che non si avrebbe altrimenti diritto di fare che nella qualità di erede; nel qual caso secondo gli autori citati il mandato stesso dovrebbe considerarsi come accettazione, vedi Duranton, VI, 399; Pacifici, *Ist.*, VI, p. 334. In contrario Aubry e Rau, § 611 *bis*, testo e nota 36.

(1) Aubry e Rau, § 611 *bis*, n. 34.

(2) Il Pacifici, *Ist.*, VI, p. 366, richiede pel mandato l'atto scritto, equiparando l'accettazione alla rinuncia. Quanto al mandato per la rinuncia vedi in seguito n. 94.

(3) L. 3, § 7. D. *De bonorum possessionibus*, 37, 1: Ulpianus *Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium. Quod si me non mandante bonorum possessiom mihi petita sit, tunc competit, cum ratum habuero id quod actum est.* Conf. L. 15, 16, *eodem;* Mühlenbruch cont. di Glück, XLII, p. 405, 406; Sintenis, III, § 183, *Ann.*, 28; Arndts, § 508, *Ann.*, 2.

(4) *Foro italiano*, 1888, I, 441, *Annuario critico della giurisprudenza pratica*, vol. I, p. 354.

(5) Cogliolo, *Nota alla sentenza della C. A. Genova, 17 febbraio 1889, Annuario* citato, p. 356. Conf. dello stesso autore *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*, vol. I, p. 233. Firenze, 1890.

(6) Cogliolo, *Trattato ecc.*, p. 233.

(7) L. 54, *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: *Heres quandoque adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.* L. 193, *De reg. iur.*, 50, 17: *Omnia iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent.*

cetti esposti (vedi sop. § 3), si abbia una successiva delazione, la delazione stessa è retroattiva, ed è retroattivo l'acquisto: anche in questo caso la retroattività dell'accettazione è limitata alla irrevocabilità dell'acquisto del carattere ereditario. Quando un erede primo chiamato rinuncia, s'intende come non fosse mai stato chiamato alla successione (art. 945); anche dunque la rinuncia è retroattiva; e per effetto di questa retroagisce la delazione. Considerazioni speciali pel caso di una delazione condizionata si faranno in seguito.

Così fermato il concetto e l'effetto fondamentale della retroattività dell'accettazione, ne consegue:

1. L'accettazione non può aver luogo *ex die* (conf. sop. n. 51);

2. Anche l'accettazione col beneficio dell'inventario retroagisce al giorno dell'apertura della successione;

3. L'accettazione retroagisce al momento dell'apertura della successione nel caso di delazione successiva (1).

### § 10. — *Nullità dell'accettazione.*

72. Dell'accettazione *nulla* ed *annullabile* in generale. — 73. Casi di una accettazione nulla. — 74. Casi di accettazione annullabile. — 75. Scoverta di un testamento in seguito all'accettazione La regola dell'art 942, 3° alinea del Codice italiano in confronto della regola dell'articolo 783 Codice francese. — 76. Prescrizione delle azioni per dichiarazione di nullità dell'accettazione, e delle azioni per l'annullabilità. — 77. La mancanza dell'autorizzazione del Governo nelle accettazioni di corpi morali rende l'accettazione nulla e non annullabile. — 78. L'azione pauliana rapporto all'accettazione: Diritto romano, Diritto tedesco, Codice austriaco, Codice prussiano, Codice sassone, Progetto di Codice civile per l'impero tedesco. — 79. Continuazione. Antico diritto francese, Codice francese e Codice italiano. — 80. Continuazione. Se per la revoca dell'accettazione sia necessaria la compartecipazione della frode da parte dei creditori dell'eredità. — 81. Continuazione. Prescrizione dell'azione revocatoria.

**72.** L'accettazione, come ogni altra dichiarazione di volontà, può essere *nulla* o *inesistente*, se manca in essa una delle condizioni essenziali per l'*esistenza giuridica*; ed è annullabile, se manchi di una *condizione per la incondizionata sua validità od efficacia* (2). In generale la mancanza di tal condizione si presenta come un difetto, un vizio dell'atto, e si dà il diritto di far valere la mancanza di quella condizione, attaccandolo od oppugnandolo con mezzi giuridici (azione o eccezione). Un atto è annullabile per mancanza di *condizioni positive* (p. es. la capacità), o di *condizioni negative* (che l'atto non sia viziato da errore, dolo o violenza).

**73.** L'accettazione dell'eredità è nulla (inesistente) in conseguenza: se manca il volere per difetto di capacità naturale: tale è il caso del pazzo, dell'ubbriaco, ed in generale di chiunque non ha piena coscienza della sua azione, o si trova in tale stato che in lui manca la normale determinazione del volere. L'errore, che cade nell'identità stessa dell'eredità (se p. es. si è accettata l'eredità di Tizio, credendola di Caio) è causa di nullità (inesistenza) dell'accettazione. Nulla nella stessa guisa è l'accettazione, che cada sulla eredità di un vivente; e per difetto di forma (se si è compiuta verbalmente l'accettazione espressa) (3); ed in generale, come già si è notato, quando manca una delle condizioni essenziali della sua esistenza.

**74.** L'accettazione è annullabile:

*a*) *Per incapacità*. — Se l'accettazione è stata fatta da un minore, da un interdetto, da un inabilitato, senza le forme volute dalla legge, e senza il beneficio dell'inventario, come è prescritto dagli art. 930 e 931, e dalle disposizioni richiamate in questi articoli (4) (conf. sop. n. 49);

*b*) *Per dolo* (art. 942). — La nullità può essere dimandata, sia che il dolo siasi usato da una parte interessata (legatario, creditore), sia che da un terzo. Non è quindi applicabile l'art. 1115. La distinzione introdotta in questo articolo non può riguardare che i contratti. Anche se si consideri l'accettazione dell'eredità come un *quasi contratto*, la distinzione dell'art. 1115 non sarebbe applicabile, ed è molto meno applicabile secondo il sistema dell'acquisto *ipso iure* della qualità di erede, ed, in conseguenza, dell'analogo passaggio dei diritti e degli obblighi del defunto nella persona dell'erede (5).

*c*) *Per violenza*. — Il Codice francese (art. 783), ed i Codici italiani preesistenti non parlano che del dolo. La dottrina però ha esteso il diritto di impugnare l'accetta-

(1) Conf. Aubry e Rau, § 611 *bis*; Arntz, II, 1397, 1398.

(2) Accetto la distinzione comune di atti *nulli* o *inesistenti*, ed *annullabili*. Quanto alla nomenclatura preferirei di chiamare i primi *nulli*, tuttavia in omaggio all'uso ho apposto anche la seconda denominazione di *inesistente*. La materia delle nullità offre difficoltà gravissime, e non solo nel diritto italiano, ma anche nel diritto romano ed in altre legislazioni moderne. Quanto al concetto da me dato dell'*atto annullabile* qui non ho agio di svilupparlo. Conf. in generale sulle nullità Savigny, IV, §§ 202, 203; Sintenis, I, § 24; Vangerow, I, § 100, 101; Windscheid, I, § 82; Baron, *Pand.*, § 64; Dernburg, *Pand.*, § 120. — A chiarimento della distinzione può servire il concetto del Thon, il quale dice che trattandosi della nullità (inesistenza) dell'atto, la legge dice *tu non puoi (Du kanst nicht)*; quando invece si tratti di atto annullabile, la legge dice: *Non ti è lecito (Du darfst nicht)*. E secondo lo stesso Thon il *Können* è il latino *posse*, ed il *Dürfen* il latino *licere*. Vedi Thon, *Rechtsnorm*, p. 11-14, 343-344. — In generale per l'applicabilità della distinzione all'accettazione della eredità, Pacifici, *Succ.*, V, p. 86 e segg.; *Ist.*, VI, p. 348; Chironi, *Ist.*, II, § 444.

(3) Vedi Pacifici, l. c.

(4) Arg. art. 1107, 335 capoverso, 341. Conf. Pacifici, *Succ.*, V, p. 87. Quanto al diritto romano è annullabile l'accettazione del minore, che è sotto la patria potestà. L. 8, in fine C. *De bon. quae lib.*, 6, 61. Quella del pupillo senza l'*auctoritas tutoris* è nulla. L. 9, § 3, *De adq. vel omitt.*, 29, 2. Nulla è l'accettazione del *furiosus*, L. 61, eod. Conf. per una notizia più completa, per le fonti e per le controversie, Windscheid, III, § 596.

(5) Nel diritto romano è data l'*a. doli* contro l'autore del dolo per essere indennizzato del danno. Nel caso che l'autore fosse un creditore e fosse solo, era sufficiente la *doli exceptio*. L. 40, D. *De dolo malo*, 4. 3: *Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio*. Conf. Windscheid, III, § 596; Baron, *Pand.*, § 419. Secondo l'opinione dominante il dolo non è in tutti i casi motivo per la *restitutio in integrum*, ma nei casi designati. Conf. Windscheid, I, § 118, testo e nota 6; Vangerow, I, § 185, n. III; Sintenis, I, § 36. C.; Baron, *Pand.*, § 61, 2. — In contrario Savigny, VII, § 332.

zione anche alla violenza (1). Il Codice italiano (art. 942) ha espressamente equiparata la violenza al dolo. La violenza deve essere tale da fare impressione sopra una persona sensata (art. 1112), e tutte le regole contenute negli articoli 1111-1118 trovano qui per analogia la loro applicazione (2).

**75.** L'accettazione non può essere impugnata per errore (salvo il caso già notato d'inesistenza del volere), non per lesione (art. 942, 2° capoverso). Ciò è la conseguenza dell'acquisto dell'eredità, che comprende anche una eredità gravosa. Il Codice francese, seguito dai Codici italiani preesistenti, ammette un'altra causa di rescissione, cioè quando l'eredità si trovi assorbita o diminuita più della metà, per essersi scoperto un testamento, del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione (3). Il Codice italiano ha soppressa questa disposizione. Invece esso prescrive (art. 942, 3° alinea), che se si scopra un testamento, del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare ai legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità (4). L'erede, in rapporto ai legatari, è così posto nella stessa condizione di un erede che abbia accettato col beneficio dell'inventario. In ogni caso egli ha sempre diritto di detrarre la sua porzione legittima, secondo l'espressa disposizione della legge (art. 942 in fine). Il Pisanelli, che nel suo progetto scrisse l'innovazione (5), passata nel Codice italiano con l'aggiunta *salva la porzione legittima che gli sia dovuta*, proposta nel progetto del Senato (6), la giustifica considerando che la disposizione del Codice francese dà luogo a gravi questioni, e che comunque la si interpreti, riesce ingiusta nelle sue conseguenze. Col rispetto che si deve alla memoria dell'illustre compilatore del progetto del Codice civile italiano, a me non pare che la disposizione sia migliore di quella del Codice francese. Nel caso di accettazione sulla base della delazione legittima o di un dato testamento, scovrendosi una disposizione testamentaria, rimasta ignota all'erede, manca il *presupposto della volontà*, ed a causa di un falso presupposto, si poteva ben dare all'erede l'azione per annullare l'accettazione. Imperciocchè l'erede ha fatti i suoi calcoli sull'accettazione e sulla convenienza di accettare puramente e semplicemente di fronte anche ai creditori, soltanto avuto riguardo alla vocazione legittima o al testamento a lui noto. Ora tale calcolo è variato con la scoperta del nuovo testamento, e la disposizione che l'erede non debba pagare i legati oltre il valore dell'eredità, nel caso che si contengano nel nuovo testamento, è insufficiente. Che la legge, in generale, non dia azione per l'annullamento dell'accettazione a causa di errore, si spiega con la considerazione fatta, cioè che è nella natura dell'accettazione l'alea, potendo aversi tanto una *damnosa*, quanto una *lucrosa hereditas*. Ma l'equiparare il caso di un errore nel calcolare le forze attive dell'eredità rispetto al passivo al caso della scoverta di un testamento sconosciuto, come desidererebbe l'Hureaux (7), non è giusto. Tanto il Codice francese quanto il Codice italiano hanno cercato, in modi diversi, un temperamento; ma nulla vi sarebbe di contrario ai principii generali di diritto, se la legge ammettesse pel caso una azione per impugnare l'accettazione (8).

**76.** Quando si tratti di nullità (inesistenza) dell'accet-

(1) Duranton, VI, 452, 453; Zachariae, § 611; Aubry e Rau, § 611, testo e nota 11; Demolombe, XIV, 539; Hureaux, *Succ.*, II, p. 312; Arntz, II, 1404; Pastore, IX, p. 174.

(2) Nel diritto romano l'opinione dominante ammette pel caso della violenza, oltre all'azione per l'indennizzo, l'*in integrum restitutio*. L. 21, § 5, D. *Quod metus causa gestum erit*, 4, 2: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur*. Windscheid, III, § 506, n. 4, conf. I, § 80.

(3) Art. 783 Cod. franc.: « Il maggiore di età non può impugnare l'accettazione espressa o tacita da esso fatta di una eredità, salvochè nel caso in cui tale accettazione fosse stata la conseguenza di un dolo usato contro di lui: egli non può addurre mai verun reclamo sotto pretesto di lesione, toltone il caso in cui l'eredità si trovasse assorbita o diminuita più della metà, per essersi scoperto un testamento, del quale non si aveva notizia nel tempo dell'accettazione ». Conf. art. 700 Cod. nap., art. 886 Cod. par., art 997 Cod. sar., art. 970 Cod. est. — Per l'origine di questo articolo vedi Arntz, II, 1405. Per le controversie, alle quali dà occasione, autore citato n. 1406, 1407; Demolombe, XIV, 140 e segg.; Hureaux, *Succ.*, II, p. 328 e segg.

(4) Art. 942: « L'accettazione dell'eredità non si può impugnare, salvo che sia stata la conseguenza della violenza o del dolo. — Non si può neppure impugnare l'accettazione per causa di lesione. — Tuttavia se viene a scoprirsi un testamento, del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare ai legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità, salva la porzione legittima che gli sia dovuta ».

(5) Riferisco testualmente le parole del Pisanelli: « I vigenti Codici ammettono che l'erede possa in questo caso reclamare contro l'accettazione per causa di lesione, se l'eredità trovasi assorbita o diminuita oltre la metà per la scoperta del testamento. Questa disposizione dà luogo a gravi questioni, e comunque venga interpretata riesce ingiusta nelle sue conseguenze. La questione, se tale testamento revochi o non gli altri già conosciuti, o alcune delle disposizioni contenute in essi, non cambia la posizione dell'erede in rapporto ai legati fatti nel testamento medesimo. Qualora i testamenti già conosciuti o le relative disposizioni siano revocate dal testamento posteriormente scoperto, l'erede non sarà tuttavia obbligato a soddisfare legati ordinati in questo che sino a concorrenza del valore ereditario. Quando i testamenti, dei quali già si aveva notizia, o tutte od alcune delle relative disposizioni non siano rivocate per effetto del testamento posteriormente scoperto, l'erede sarà egualmente tenuto a soddisfare tutti i legati, se l'importare dei medesimi non eccede il valore della eredità: se eccede, l'erede non sarà obbligato a soddisfarli se non per quell'eccedenza che risponde ai legati ordinati nei testamenti conosciuti al tempo dell'accettazione. Potrà bensì esservi concorso dei legatari scritti nei diversi testamenti, e potrà ancora esservi una proporzionata riduzione delle liberalità fatte in esse. Vedi in Gianzana, *Collezione ecc.*, *Relazione* Pisanelli, n. 1261.

(6) Vedi *Relazione senatoria* (Vacca relatore) in Gianzana, Col. I, p. 305 — Nel seno della Commissione di coordinamento il Precerutti propose la soppressione dell'aggiunta proposta dal Senato; ma essa fu difesa da altri commissari (De Foresta, Pallieri), adducendo una ragione di *evidente equità*. Vedi *Verbali*, n. 32. (In Gianzana, *Coll.* citata, III, p. 273).

(7) Hureaux, *Succ.*, II, p. 329.

(8) Il Codice civile spagnuolo del 1889 ci dà l'esempio d'una simile disposizione: Art. 997: « L'acceptation et la répudiation d'une succession, une fois faites, sont irrévocables et elles ne pourront être attaquées, à moins qu'elles ne soient affectées d'un des vices du consentement, ou qu'il n'apparaisse un testament inconnu » (Trad. par Levé, Paris 1890).

tazione, è conforme ai principii generali che essa non sia capace di conferma o di ratifica propriamente detta (articolo 1310): l'azione per dichiarazione di nullità (la così detta *querela nullitatis*) non si prescrive che col decorso di trenta anni. Quando poi si tratti di annullabilità, è ammessa la conferma e ratifica, anche ciò secondo i principii generali. Controverso è però se l'azione diretta ad impugnare l'accettazione sia sottoposta alla più breve prescrizione stabilita dall'art. 1300, cioè alla prescrizione di cinque anni, ovvero l'azione non si prescriva se non nel tempo normale dei trenta anni. Per questa seconda opinione si adduce la ragione, che la speciale prescrizione dell'azione in cinque anni non riguarda che le sole convenzioni (1); dall'altro lato può dirsi che il principio enunciato nell'art. 1300 è capace di generalizzazione anche per altri atti annullabili, ed in ispecie per l'accettazione dell'eredità (2). Prescelgo quest'ultima opinione, che meglio risponde all'euritmia ed alla semplicità della legge.

**77.** La mancanza dell'autorizzazione del governo ad accettare l'eredità, a norma dell'art. 932 del Codice civile e della legge 5 giugno 1850, produce la nullità dell'accettazione (inesistenza) e non la pura annullabilità (3). Il Laurent sostiene che i corpi morali sotto l'impero del diritto francese e belga non abbiano la capacità di acquistare per successione (4); ma si è opposto che sotto l'impero del Codice italiano tale dottrina è insostenibile, poichè vi ha in esso l'art. 2, che dichiara in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti considerarsi come persone, e godere dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico (5). Che i corpi morali siano incapaci di succedere, e che la capacità è loro accordata dall'autorizzazione; a me pure non pare esatto sotto l'impero del nostro diritto. Ma dall'altro lato non dee considerarsi l'autorizzazione come destinata al solo scopo della tutela del corpo morale; essa è destinata, e principalmente, alla tutela degli interessi sociali e dell'ordine delle successioni *ab intestato*, fondato sul diritto di famiglia (6). Di qui la sapiente giurisprudenza del Consiglio di Stato sul criterio per negare o concedere l'autorizzazione (7). L'autorizzazione è dunque una condizione essenziale dell'accettazione, la quale mancando, l'atto non è solamente annullabile o viziato di una nullità relativa, ma nullo assolutamente (inesistente). La formula stessa della legge del 5 giugno 1850 ciò rivela; poichè questa dispone che le disposizioni a favore dei corpi morali non *avranno effetto*, se essi non saranno autorizzati ad accettarle. L'istituto dell'autorizzazione ha avuto in altri tempi lo scopo precipuo di vegliare sugli acquisti delle *manimorte:* nè tale scopo è del tutto cessato nella società moderna (8). In coerenza anche di questo concetto l'accettazione di una eredità senza autorizzazione deve essere considerata come nulla. La nostra giurisprudenza è scissa, in quanto, in rapporto all'autorizzazione, si è considerata la istituzione del corpo morale come fatta sotto condizione sospensiva, o in un senso opposto come fatta sotto condizione risolutiva (9). In verità, accettata la teorica del passaggio *ipso iure* dell'eredità nell'erede, e considerando il corpo morale riconosciuto come in astratto legalmente capace di succedere, è preferibile la seconda concezione. Si è opposto che qui il concetto della condizione è affatto fuor di luogo, poichè si tratta di una *condicio iuris* (10); ma a me non impone una tale obiezione. Già si è visto, che in generale può considerarsi l'acquisto dell'eredità *ipso iure* come condizionato ad una condizione risolutiva dipendente dalla volontà dell'erede, la quale si manifesta nella forma della rinunzia (confr. sop. n. 45 e 47); ora l'acquisto del corpo morale è anche esso condizionato alla volontà, ma alla volontà dello Stato, come supremo organo e rappresentante degli interessi sociali. Se lo Stato nega l'autorizzazione, non vi è più modo di procedere alla consolidazione definitiva dell'acquisto ereditario mercè l'accettazione (11). La volontà del corpo morale, che è già una forma collettiva di volontà, non si compie se non con l'atto supremo della volontà dello Stato, che concede l'autorizzazione. Ma questi due atti di volontà non si possono scindere; il corpo morale coll'accettare l'eredità non può diversa-

(1) Marcadé, art. 783; Arntz, II, 1410.

(2) Pacifici, *Succ.*, V, p. 96, *Ist.* VI, p. 350. Conf. Aubry e Rau, §§ 339, 611; Demolombe, XIV, 555. — Aubry e Rau (§ 339, n. 10) notano dal punto stesso del testo del Codice (art. 1304 Codice francese, art. 1300 Cod. ital.) che la legge usa nel corso della disposizione (capoverso dell'art. 1300 Cod. ital.) la parola più generale di *atti*. Ed in una maniera generale è formulata la teoria della *nullità* e dell'*annullabilità* degli atti da Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, I, §§ 15, 71.

(3) In generale sull'autorizzazione del Governo in conformità della legge 5 giugno 1850, vedi Saredo, *Il governo del re e gli acquisti dei corpi morali*, *Legge*, a. 1882, I, 31; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, p. 136 e seg.

(4) Laurent, IX, p. 187 e seg.

(5) Pacifici, *Succ.*, II, p. 175. Conf. Cass. Roma, 8 aprile 1880, *Foro it.*, a. 1880, I, 1182. — In senso contrario la stessa Cass. di Roma, 4 giugno 1890, *Foro it.*, 1890, I, 815.

(6) Vedi Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche, ecc.*, vol. I, p. 228.

(7) Conf. sopra, p. 413, n. 1.

(8) Conf. sulle leggi di ammortizzazione il mio scritto *Delle disposizioni per l'anima o a favore dell'anima*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. I, p. 50 e seg.

(9) Per la condizione sospensiva, Cass. Roma, 17 giugno 1889, *Foro it.*, a. 1889, I, 889. — Per la condizione risolutiva, Cass. di Torino, 11 marzo 1884 (*Foro it.*, Rep. 1884, v. *Successione*, n. 22), App. Napoli, 11 marzo 1881 (*Giurisprudenza Italiana*, 1882, 29). La Corte d'app. di Lucca, 27 settembre 1889, considerò l'autorizzazione come risolutiva di fronte alla capacità di succedere, e sospensiva di fronte all'esercizio del diritto ereditario. *Foro ital.*, 1890, I, 497, 498. Tale distinzione non è del tutto priva di valore.

(10) Giorgi, o. c., p. 325.

(11) La Cassazione di Roma, decisione citata, 4 giugno 1890 (*Foro it.*, 1890, I, 815: conf. Cass. Roma, 8 luglio 1890, *Foro, Rep.*, v. Corpo morale, 6-13), ha considerato che sino all'autorizzazione è sospeso il diritto di proprietà, sospesa la devoluzione, e non si ha nel corpo morale acquisto *ipso iure*. La Cass. decideva una speciale questione riferentesi al diritto napoletano, ma le generali considerazioni sarebbero applicabili al diritto vigente. E come si è notato, la Cassazione, che in altra decisione (citata sopra, nota 5) aveva considerato che l'autorizzazione non si riferisce alla capacità di succedere, qui tiene diverso avviso. Ma, come ho esposto nel testo, non credo esatta questa teoria. Bisogna distinguere la capacità di succedere dalla capacità di accettare, questa e non la prima è condizionata all'autorizzazione.

mente volere da quello che lo Stato vuole. Ma tutto ciò riguarda l'accettazione; non in sè l'acquisto che si compie *ipso iure* al momento dell'apertura della successione (1). Se diversamente fosse, si dovrebbe aggiungere un altro caso di *hereditas iacens* a quelli che possono riconoscersi nel nostro diritto (confr. più innanzi § 17).

L'effetto della negata autorizzazione è lo stesso che quello della rinuncia pei privati. Cosicchè negata l'autorizzazione, ed in un modo definitivo, l'erede successivo testamentario o *ab intestato*, secondo i casi, procede ad una valida accettazione, ed inoppugnabile. Ed in tal modo considerata l'autorizzazione del Governo, ne segue che essa debbe precedere l'accettazione: l'accettazione senza di essa è nulla, nè può essere confermata da autorizzazione posteriore (2). Questo è l'effetto logico della teoria da me esposta; poichè se l'accettazione del corpo morale è nulla assolutamente senza l'autorizzazione del Governo, essa non è capace di conferma o ratifica posteriore (confr. art. 1310, Cod. civ.). E ne segue ancora che l'azione per dichiarazione di nullità compete ad ogni interessato; e che non è sottoposta alla prescrizione quinquennale delle azioni, che sotto il titolo delle *azioni di nullità* (art. 1300 e seguenti) il Codice regola per ottenere l'annullamento degli atti annullabili, o di quegli atti (secondo la nozione già data dell'annullabilità), che sono giuridicamente esistenti e validi, ma che loro manca l'incondizionata validità ed efficacia per difetto di una condizione stabilita dalla legge, e che in conseguenza possono essere impugnati (3).

**78.** Nel diritto romano puro è controverso se l'*a°. pauliana* sia ammessa per rescindere l'accettazione dell'eredità *in fraudem creditoris* (4). Nel diritto tedesco, poichè non era originariamente ammesso il principio del diritto ro-

(1) In conseguenza al corpo morale istituito, anche prima dell'autorizzazione, passa il possesso a norma dell'art. 925, ed il corpo morale può esercitare le azioni possessorie, art. 927. E così hanno deciso la Corte di app. di Torino, 28 aprile 1880 (Suppl. Repertorio Pacifici, v. *Successione*, n. 614), e la Corte d'appello di Genova, 6 agosto 1881 (*Foro Rep.*, 1881, v. *Corpo morale*, n 17).

(2) In contrario, Cass. Napoli, 2 maggio 1882, *Foro it.*, 1883, I, 62. Io non comprendo come il Giorgi, sostenendo, ed a ragione, che la mancanza dell'autorizzazione costituisce una *nullità assoluta, perchè dipendente dal difetto di una forma sostanziale* (op. cit., n. 325), possa ammettere l'autorizzazione posteriore per via di sanatoria (op. cit., pag. 324). Quanto alla validità di disposizioni testamentarie ed a titolo universale a favore di istituti da fondarsi, conf. più innanzi n. 151.

(3) Per la inapplicabilità dell'art. 1300, vedi anche Giorgi, op. cit., p. 325. Secondo l'art. 36, l. c., della legge 17 luglio 1890 (conf. sopra, p. 413, n. 1), è necessaria anche l'*approvazione* della Giunta amministrativa per l'accettazione di lasciti e doni. Per le questioni, che erano sorte sotto l'impero della legge 3 agosto 1862 sulle opere pie, vedi sopra, l. c. Ora, per l'acquisto di eredità delle opere pie, o istituti di beneficenza, sono necessarie da un lato l'*approvazione* della Giunta amministrativa, dall'altro l'*autorizzazione del Governo*. Potrebbe domandarsi se la mancanza dell'*approvazione* della Giunta amministrativa meni alla nullità dell'atto di accettazione, o alla sua annullabilità. Si ponga, per es., il caso che l'istituto di beneficenza abbia ottenuta l'autorizzazione del Governo, e che in forza di questa proceda all'accettazione. Io propendo a ritenere l'atto annullabile e non nullo. L'approvazione della Giunta amministrativa è conseguenza della funzione di tutela, stabilita nell'interesse del corpo morale. E pur tenendo conto delle gravi differenze tra gli istituti di tutela nel diritto privato (tutela dei minori e degl'interdetti, cura, ecc ), e la tutela amministrativa dei corpi morali, che è di diritto pubblico, nel nostro caso soccorre l'analogia. Per quanto a me consta, la giurisprudenza non si è ancora pronunciata su questo punto. Questa però è scissa in rapporto al valore di un contratto, stipulato da un corpo morale, e soggetta all'approvazione dell'autorità amministrativa superiore Da un lato si dichiara un tal contratto come *privo di efficacia giuridica* (A. Catanzaro, 14 nov. 1879, *Foro Rep.*, v. Comune, n. 52) ed anche *inesistente* (A. Trani, 15 luglio 1878, *Foro*, 1878, I, 1884: in quest'ultima decisione sono a notare gravi imprecisioni di redazione). Dall'altro lato la Corte di cassazione di Napoli (19 dicembre 1890) ha deciso che la mancanza di superiore approvazione pei contratti stipulati nell'interesse del Comune non può esser opposta che dal Comune e non dal privato contraente (*Foro Rep.*, 1890, v. Comune, n. 50). E questo è un carattere dell'atto annullabile. — A complemento delle nozioni qui esposte e di quelle date sop., a p. 413, n. 1, aggiungo che, contro una deliberazione della Giunta amministrativa in materia di accettazione o di rifiuto di lasciti o doni, è ammesso il ricorso al Re (art. 42, legge citata, 17 luglio 1890). Ed esaurita in via gerarchica la controversia, avverso il decreto reale, contenente il *provvedimento definitivo*, è dato anche il ricorso, in via contenziosa, alla quarta sezione del Consiglio di Stato *per incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge* (art. 42, legge 17 luglio 1890 citata, art. 28, legge 2 giugno 1889, sul Consiglio di Stato). Che la deliberazione della Giunta provinciale amministrativa non sia *provvedimento definitivo*, ai sensi dell'art. 28 della legge sul Consiglio di Stato, è stato riconosciuto in una decisione della 4ª sezione del Consiglio di Stato, 14 maggio 1891 (Vedi nel periodico la *Giustizia amministrativa*, a. 1891, pag. 197 e seg.). Del resto la stessa quarta sezione ha analogamente deciso non essere provvedimento definitivo una deliberazione della Giunta provinciale amministrativa nell'esercizio delle sue attribuzioni di tutela sui Comuni (Vedi *La Giustizia amministrativa*, a. 1890, p. 360 e seg.). Sul *provvedimento definitivo*, ai sensi dell'art. 28 della legge sul Consiglio di Stato, oltre le decisioni già citate, vedi decisioni del Consiglio di Stato, IV sezione, 10 aprile 1890, 13 giugno 1890, 27 giugno 1890, 25 settembre 1890, 30 ottobre 1890, n. 127 e 129, 4 dicembre 1890, 8 gennaio 1891, nella *Giustizia amministrativa*, a. 1890, p. 1, 46, 78, 262, 285, 287, 390, ed a. 1891, p. 22. — Il concetto fondamentale del Consiglio di Stato è che altro è il ricorso in via gerarchica al Re, che si chiude con un decreto reale, che costituisce il provvedimento definitivo, e contro il quale è ammesso il ricorso alla IV sezione, altro il ricorso in sede amministrativa (*ricorso straordinario*, art. 12, n. 4, Legge sul Consiglio di Stato), che, a norma dell'art. 28 della stessa legge, lo preclude. Tale distinzione a me sembra sapiente e vera, conf. però in contrario una monografia di un anonimo, *La Giustizia amministrativa*, a. 1890, p. 24-25.

(4) Nel diritto romano puro è controverso se l'*a°. pauliana* sia ammessa per rescindere l'accettazione dell'eredità *in fraudem creditoris*, a causa della L. 1, § 5, *De separationibus*, 42, 6: Ulpianus, *Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum: sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt: nisi si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est: quod non facile admissum est.* Il Sintenis osserva che mai era accordata la *separatio bonorum* (della quale qui si parla, ed alla quale si riuscirebbe con l'*a°. pauliana*), e per lui il *non facile* del testo è assolutamente negativo. Due sono le ragioni che apporta: 1) che altrimenti l'adizione avrebbe bisogno del consenso dei creditori; 2) che il debitore non potrebbe contrarre nuovi de-

mano della responsabilità dell'erede per tutti i debiti del defunto anche *ultra vires*, nè l'erede aveva bisogno del *beneficium inventarii*, nè i creditori dell'eredità del *beneficium separationis*, nè in conseguenza i creditori dell'erede dell'*a°. pauliana* (1). Ma più tardi si ebbero modificazioni anche in paesi rimasti estranei alla influenza del diritto romano (2). Quanto ai Codici moderni, negasi l'*a°. pauliana* sotto l'impero del Codice austriaco (3). In Prussia sotto l'impero del Codice del 1794, i creditori dell'erede non avevano bisogno dell'*a°. pauliana*, poichè era anche loro accordato il *beneficium separationis* (4). Però la legge del 17 febbraio 1877 sul concorso dei creditori, ha negato, tornando al diritto romano, questo beneficio ai creditori dell'erede (5). Ma le conseguenze dannose di questa soppressione pei creditori dell'erede sono molto attenuate dalle disposizioni sul *beneficio dell'inventario*. Imperciocchè nel diritto prussiano, ed in ciò attenendosi ai concetti del diritto tedesco, per l'accettazione pura e semplice è necessaria una espressa dichiarazione: senza tale dichiarazione, l'accettazione col beneficio dell'inventario è presupposta. Normalmente adunque l'erede non è tenuto ai debiti dell'eredità *ultra vires* (6). Il Cod. sassone ha seguito strettamente i principii del diritto tedesco dichiarando nel § 2328, che l'erede è obbligato pei debiti ereditarii sino all'ammontare dell'attivo (7). In conseguenza i creditori dell'erede non hanno alcun bisogno dell'*a°. pauliana*.

**79.** L'*a°. pauliana* fu ammessa dal Pothier sotto l'impero dell'antico diritto francese per proteggere i creditori degli eredi (8). Ed in generale la dottrina tanto sotto l'impero del Codice francese, quanto sotto quello del Codice italiano l'ammettono ancora (9). Viene applicato per analogia l'articolo 1235 Cod. italiano (corrispondente all'art. 1167 Codice francese). Nè varrebbe opporre che i creditori dell'erede non hanno diritto a chiedere la separazione del patrimonio. Sostenne che questo beneficio si dovesse ammettere sotto l'impero del diritto francese il Domat (10), e sostengono che per equità si dovrebbe ammettere anche oggi taluni scrittori moderni (11); ma pur riconoscendo che la ragione dell'istituto della separazione dei patrimonii non si estende ai creditori personali dell'erede, non per questo deriva che la legge deve abbandonarli senza alcuna garentia. Non varrebbe nemmeno

---

biti, ovvero che niun altro potrebbe a lui improntare nuovi danari. Sintenis, *Das practische gemeine Civilrecht*, § 186. Ciò era stato detto già da Huberus, *Prael. ad Pand.*, 42, 6, n. 2. Quanto alla prima ragione non è certo il consenso dei creditori dell'erede necessario per l'*aditio*, ma è lecito al debitore, con una fraudolenta adizione di una *damnosa hereditas*, danneggiare i suoi creditori? E quanto alla seconda ragione può opporsi la formula dell'editto *Quae fraudationis causa gesta erunt*, che, secondo Ulpiano, hanno un significato generale ed esteso: L. 1, § 2. *Quae in fraudem creditorum*, 42, 8: Ulpianus *Ait ergo praetor « quae fraudationis causa gesta erunt ». Haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quamcumque contractum. Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecumque fuerit: nam late ipsa verba patent. Sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit.* Adunque qualunque alienazione, diretta o indiretta, è compresa nell'azione, Windscheid, II, § 463. A me pare che il *non facile admissum est* offre una spiegazione naturale. Era controverso, non se si desse luogo alla *separatio bonorum*, ma se si potesse concedere l'*a.° pauliana;* e finalmente si riuscì a farla accordare, ma non *facilmente*. Può dunque anche nel diritto romano giungersi alla conclusione che fosse ammessa un'azione per rescindere una adizione compiuta in frode dei creditori dell'erede. L'*a.° pauliana*, in questo caso, fu ammessa già dai glossatori: conf. *Glossa*, alla L. 1, § 5, *De sep.*, già citata. Il *non facile* è nella *Glossa* spiegato: *id est aliter quam dolo interveniente.* L'Einnecio opina che, in forza della citata legge, ai creditori dell'erede venisse accordata l'*in integrum restitutio*. Vedi Heinecius, *Pand.*, § 272, lib. 42, tit. VI. — Alcuni scrittori, e tra questi il Woet, ammettono, nel caso di fraudolenta accettazione, la *separatio bonorum* a favore dei creditori dell'erede, e spiegano il *non facile* della legge, dicendo che il fatto della frode non deve essere facilmente creduto o presunto (*id non facile credendum aut praesumendum*). Vedi Woet, *Comm. ad Pand.*, 42, 6, n. 2; Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, III, § 2253; Rocchetti, *Delle leggi romane abrogate, inusitate e corrette nello Stato Pontificio*, vol. IV, p. 188. Fra i romanisti odierni taluni dicono che la *separatio bonorum* non è in regola ammessa a favore dei creditori dell'erede: così Arndts, *Pand.*, § 525; De Crescenzio, *Sistema*, II, § 271. Altri la negano recisamente. così Windscheid, *Pand.*, III, § 607 in fine. Baron, *Pand.*, § 427, dice che essa non è ammessa, eccetto che l'adizione non sia stata compiuta sol per danneggiare i creditori. — Il Maierini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, Firenze, 1874, p. 73, riconosce, in termini generali, l'ammissibilità dell'*a°. pauliana* nel caso esaminato, tanto per diritto romano, quanto per diritto moderno, derivandola dal principio che il decotto non può fraudolentemente assumere nuove obbligazioni.

(1) Mittermaier, *Das Privatrecht*, II, § 467; Beseler, *Deut. Privatrecht*, II, § 149; Stobbe, *Deut. Privatrecht*, V, § 282, III, IV.

(2) Stobbe, o. c., § 285, V, VI.

(3) Unger, *Erbrecht*, § 41, n. 1.

(4) P. *Landrecht*, I, 16, § 507 e seg.; *Preussische Konkursordnung*, § 37, n. 3, §§ 260, 261.

(5) *Reichskonoursordnung*, § 43.

(6) Dernburg, *Deut. Privatrecht*, III, 680. Conf. § 221. Vedi anche Lassalle, *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechtes*, p. 580, n. 2. Il curatore del concorso, se non si è ottemperato alle prescrizioni del beneficio dell'inventario, ne curerà l'esecuzione. Vedi Dernburg, o. l. citati. — Analogo è il sistema del progetto del Codice civile per l'impero tedesco. L'erede ha di diritto il beneficio dell'inventario (conf. §§ 2094 e seg., *Motivi*, V, p. 604); ma questo beneficio può perdersi, e ad esso può venire rinunziato (§ 2094, *Motivi*, V, p. 607). — Nè in Dernburg. l. c., nè nei motivi del progetto si fa parola dell'*a°. pauliana* per oppugnare una rinuncia al beneficio dell'inventario *in fraudem* dei creditori dell'erede. L'ordinamento dell'*a°. pauliana*, nel diritto tedesco, è compreso nella legge dell'Impero sul concorso del 10 febbraio 1877; e nei motivi del progetto, ove occorre di fare cenno dell'azione revocatoria, si rimanda alla legge sul concorso. Conf. in generale su questa legge, Dernburg, II, § 112; Bar, *Civilprozess in* Holtzendorff *Encyclopädie*, 4ª ed., p. 803 e seg.

(7) Tale principio vale anche in Lubecca. Vedi Stobbe, *Deut. Privatrecht*, V, p. 55.

(8) Pothier, *Succ.*, cap. VI, in fine.

(9) Aubry e Rau, III, § 611, testo e nota 20; Arntz, II, n. 1409; Grenier, *Delle ipoteche*, II, 425; Marcadé, art. 788, n. 4; Demolombe, XIV, 557; Laurent, IX, 364; Larombière, *Obb.*, I, art. 1167, n. 6. Fra gl'italiani, vedi Pacifici, *Succ.*, V, n. 98; Giorgi, *Obb.*, I', n. 323; Maierini, o. c., p. 73.

(10) Domat, *Leggi civili*. lib. III, tit. II, sez. I, n. 1.

(11) Laurent, X, n. 4; Melucci, *Separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*. Torino, 1878, p. 59.

l'opporre che la legge ha accordato ai creditori dell'erede la facoltà di farsi autorizzare giudizialmente ad accettare l'eredità rinunziata in loro pregiudizio (art. 949); ma per l'accettazione la legge tace (1). Niun argomento può trarsi da questo silenzio; imperciocchè l'azione revocatoria pel caso di una accettazione di una eredità gravosa, che danneggi i diritti dei creditori dell'erede, è una conseguenza del principio generale di diritto, sul quale l'azione revocatoria è fondata. Ogni atto fraudolento di alienazione, e diretto a diminuire la garentia generale dei creditori su beni del loro debitore (art. 1949) è sottoposto a revoca con l'azione pauliana; e l'accettazione dell'eredità gravosa ha bene dell'alienazione. Il Codice italiano adunque nulla ha disposto per la revoca in questo caso dell'accettazione, perchè essa è un caso dell'art. 1235 (2). Ed è a notare che esso non riproduce, nell'ultima parte dell'art. citato, l'aggiunta che leggesi nel corrispondente articolo 1167 Codice francese, cioè che debbasi avere riguardo *ai diritti enunciati nel titolo delle successioni* (3). E con ciò anche l'argomento accennato, cioè che mentre il Codice espressamente prevede il caso di una rinuncia in pregiudizio dei creditori dell'erede, tace dell'accettazione, ha ancora minore efficacia sotto l'impero del diritto vigente.

**80.** Ammessa l'azione revocatoria in favore dei debitori dell'erede per la revoca d'una accettazione fatta in frode dei loro diritti, è controverso se per essa basti la sola frode dell'erede che accetta, o sia necessario il concorso della frode da parte dei creditori dell'eredità. Tale controversia già è discussa nel diritto francese (4). Sotto l'impero del Codice vigente il Pacifici sostiene che basti la sola frode da parte dell'erede, applicandosi per analogia il secondo comma dell'art. 1235, e considerando l'accettazione dell'eredità piuttosto come un atto a titolo gratuito, che come un atto a titolo oneroso (5). Invece il Melucci manifesta opposto parere, e ritiene che sia necessaria la partecipazione dei creditori della successione alla frode dell'erede. Il Melucci adduce tre ragioni: 1°) " Nei rapporti dell'erede coi creditori ereditarii l'accettazione, se non è veramente un atto a titolo oneroso, ne riproduce in gran parte gli effetti e le sembianze; chè per gli obblighi che assume l'erede verso i creditori del *de cuius*, trova un corrispettivo nella sua obbligazione naturale e morale di far fronte agli impegni del suo autore, oltre l'esercizio dei diritti dipendenti dall'assunta qualità. 2°) I fatti i quali inducono tacita accettazione di eredità (art. 936) ben possono provenire dall'accordo fraudolento dell'erede e dei creditori della successione, accordo che si ha da supporre basato sopra mutue concessioni. 3°) In ultimo i creditori del defunto in buona fede, sicuri dell'accettazione pura e semplice da parte dell'erede, e non avendo ragione a temere della sua solvibilità hanno potuto trascurare dei provvedimenti conservativi, e fra questi quello di dimandare la separazione dei patrimonii. Ora revocandosi una tale accettazione, la loro condizione sarebbe ancora più peggiorata di quello che non fosse all'epoca dell'apertura della successione, potendo nel frattempo i beni ereditarii andare dissipati o distrutti dall'erede, ed essere già decorso il perentorio troppo breve degli art. 2057 e 2062 per mettersi in salvo dalle alienazioni e dagli altri smembramenti di proprietà, che su di quei beni l'erede abbia potuto consentire in loro pregiudizio ". Qui trattasi, conchiude il Melucci, non di perdere semplicemente un lucro, ragione per la quale negli atti meramente a titolo gratuito l'esercizio dell'azione revocatoria è possibile per la sola frode del debitore, ma bensì di evitare un danno positivo e reale, in vista del quale la legge richiede il concorso della frode in entrambe le parti, a cui l'atto impugnato riguarda, quando l'atto sia a titolo oneroso (art. 1235) (6). Delle tre ragioni addotte dal Melucci, solo l'ultima mi pare a prima giunta grave. La prima ragione, cioè che l'accettazione può prendere l'aspetto di atto a titolo oneroso, è provata dal Melucci considerando che gli obblighi, che l'erede assume verso i creditori dell'eredità, trovano un corrispettivo *nella sua obbligazione naturale e morale* di far fronte agl'impegni del suo autore, e nell'esercizio dei diritti dipendenti dall'assunta qualità. Se bene ho inteso il concetto del Melucci, l'onerosità dell'atto starebbe in quanto l'acquisto della eredità è legata essenzialmente al pagamento dei debiti. Ciò è giusto: ma quando la legge nell'atto a titolo oneroso richiede la *complicità della frode*, considera quell'atto nell'onerosità dell'acquisto da parte, non del debitore che compie l'atto in frode, ma del terzo che con lui ha contrattato e che ha sborsato un equivalente per procurarsi il vantaggio, secondo l'espressione testuale della legge (art. 1101). Quanto alla seconda ragione, essa prova soltanto che anche richiedendosi il concerto nella frode da parte dell'erede e dei creditori dell'eredità, l'*a° pauliana* avrebbe applicazione; ma non basta ad escludere una sfera più larga di questa. Quanto all'ultima ragione, essa viene indebolita dalla considerazione, che se i creditori dell'eredità vengono ad essere danneggiati, perchè non hanno chiesta la separazione del patrimonio, ciò avviene per proprio loro fatto; ma se invece i creditori dell'erede vengono ad essere danneggiati per una accettazione fraudolenta, ciò avviene indipendentemente da ogni loro fatto, e come effetto diretto del dolo, cioè di un fatto colpevole dell'erede. Dall'altro lato argomentare direttamente dal 2° comma dell'art. 1235, considerando l'accettazione della

(1) Vedi formulate le obiezioni in Zachariae, IV, § 618, n. 6; Conf. anche Hureaux, *Succ.*, II, p. 308.

(2) Conf. Aubry e Rau, l. c.

(3) Art. 1167 Cod. francese: (I creditori) « Possono pure in lor proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni. — Debbono nondimeno, riguardo ai diritti enunciati nel titolo *Delle successioni* e nel titolo *Del contratto di matrimonio e dei diritti degli sposi*, conformarsi alle regole che ivi furono prescritte. » Il secondo comma fu riprodotto nell'art. 1120 Cod. nap., e nell'art. 1258 Cod. sardo. Lo soppresse però il Codice di Parma, e la soppressione è stata mantenuta dal Codice vigente.

(4) Richieggono il concorso delle frode da parte dei creditori dell'eredità Aubry e Rau, IV, § 612; Dollinger, *Traité de la séparation des patrimoines*, n. 25; Masson, *Étude sur la séparation des patrimoines*, n. 4, p. 7. Conf. Hureaux, II, p. 208. — In contrario Grenier, *Ipot.*, II, n. 425; Delvincourt, II, p. 180.

(5) Pacifici, *Succ.*, p. 98. Il secondo comma dell'art. 1235, che non si trova nel corrispondente art. 1167 del Codice francese, è derivato dal Codice sardo, art. 1258, 2° comma.

(6) Melucci, *Trattato della separazione del patrimonio, ecc.*, n. 65, 66.

eredità come atto a titolo gratuito, come fa il Pacifici, non ci pare nemmen esatto; poichè un atto a titolo gratuito, nel senso vero della parola, ed ai termini generalizzati anche dall'art. 1101, essa non è. Il vero atto a titolo gratuito si caratterizza anche per l'intenzione dell'autore, che ha per scopo la liberalità, la beneficenza. Lo scopo dell'erede non è poi quello di procurare un vantaggio ai creditori dell'eredità, ma fraudolentemente danneggiare i suoi creditori personali. Il Simoncelli ha notato che la distinzione degli atti a titolo oneroso ed a titolo gratuito, consacrata in forma assoluta dal Codice italiano, ponesi in questo come forche caudine, sotto cui, possano o no, tutti gli atti debbono passare (1). E v'ha senza dubbio atti che non presentano spiccato il loro carattere di gratuità ed onerosità. E tra questi atti è l'accettazione dell'eredità nei rapporti coi creditori del defunto. Qui non è il luogo di discutere completamente nè sulla distinzione degli atti a titolo oneroso ed a titolo gratuito (2), nè sull'azione pauliana, i cui principii, con qualche modificazione, ci sono derivati dal diritto romano. Ma quando l'atto non può rientrare rigorosamente nelle due categorie segnate dalla legge, è mestieri ricorrere al principio generale di diritto, che domina la differenza di trattamento delle due specie di atti in rapporto all'azione revocatoria. Ora il principio generale è questo: quando nell'atto chi sostiene l'annullamento trova un danno, e chi ha interesse a mantenerlo trova un lucro, basta la frode da parte solo del debitore: (l'uno *certat de damno vitando*, l'altro *de lucro captando*): quando ambedue gl'interessati in contraddizione, l'uno per l'annullamento, l'altro pel mantenimento dell'atto, vengono a soffrire un danno secondo che l'atto venga annullato o no, la legge richiede la compartecipazione della frode per la revoca: poichè altrimenti amendue gli interessati sono in buona fede, ed *in pari causa melior est conditio possidentis* (3). Generalizzando ancora, o si tratta d'infliggere un danno ad uno degl'interessati con l'annullamento, e si richiede la compartecipazione della frode: o soltanto di privarlo di un lucro, ed allora basta la frode solo *ex parte debitoris* (4). Ma il danno deve essere l'effetto dell'atto, non di un fatto proprio dell'interessato a mantenere l'atto, come è il caso del creditore dell'eredità, che ha trascurato di avvalersi della separazione del patrimonio. In conclusione, per risolvere la controversia non soccorre nè il testo preciso dell'articolo 1235, nè una propria *analogia legis*, ma è mestieri ricorrere ad una *analogia iuris*. Nel campo generale dei principii del diritto è pure ammesso, anche di fronte alla formola dell'art. 1235, far valere quei temperamenti di equità e di giustizia, che derivansi dalla considerazione della speciale natura di quegli atti, che non avendo spiccato il loro carattere di gratuità od onerosità, con fatica si adagiano nella categoria assoluta degli atti a titolo oneroso ed a titolo gratuito. Ed infine, quantunque del principio troppo generale spesso si abusi, rimane sempre vero che: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* (5). In conseguenza nella controversia io accetto l'opinione che per la revoca dell'accettazione basta la frode solo da parte dell'erede.

**81.** Quanto alla prescrizione dell'*a*ª *pauliana* anche nel rapporto dell'accettazione dell'eredità, è a ritenere che essa sia soggetta alla generale prescrizione trentennale, e non alla prescrizione quinquennale, proprie delle azioni di nullità (art. 1300), secondochè giustamente è ritenuto dalla dominante dottrina (6).

### § 11. — *Prescrizione della facoltà di accettare.*

82. Controversia sull'interpretazione dell'art. 789 Codice francese. Art. 943 Codice italiano. – 83. Quando incominci la prescrizione pei successivi chiamati, e nel caso di isti-

---

(1) Simoncelli, *Note critiche sull'azione revocatoria. Rivista italiana per le scienze giuridiche*, V, p. 392, 395.

(2) I Romani non designarono la distinzione degli acquisti con questa formula. Essi da un lato considerarono gli acquisti come derivanti *ex lucrativa causa*, e dall'altra posero con formula negativa gli acquisti *non ex causa lucrativa;* ma non li chiamarono *ex causa onerosa*. Conf. Savigny, IV, § 143, p. 9. Sulla formula *lucrativa causa* vedi L. 4, § 29, *De dol. mal. et met. excep.*, 44, 4; L. 7, § 3, *De pub. in rem act*, 6, 2; L. 17, 19, *De obl. et act.*, 44, 7; L. 108, § 4, De leg. (30). Contrapposizione dell'acquisto *ex lucrativa causa* e dell'acquisto *non ex lucrativa causa* nella L. 19 cit., *De obl. et act.* Nella *Glossa* si contrappone l'acquisto *ex causa lucrativa* all'acquisto *ex causa non lucrativa*. Vedi *Glossa*, ad. l. 17, 18, *De obl. et act.* — Nella filosofia del diritto la gratuità e l'onerosità della causa sono specialmente il criterio di una fondamentale distinzione di contratti (*contratti a titolo oneroso, contratti a titolo gratuito)*. Pufendorfius, *Jus naturae et gentium*, lib. V, cap. II, § 8. Conf. Gundling, *Jus naturae*, c. 23, § 33; Heineccius, *Jus naturae*, I, § 328, n. in fine. La distinzione è accettata da Kant, *Met. Anfang. des Rechtlehre*, p. 96, Berlino, 1870; Hegel, *Naturrecht*, § 80, Trendelenburg, *Naturrecht*, § 106; Ahrens, *Fil. del diritto*, vol. II, p. 239 (trad. del Marghieri), Napoli, 1872. Il Grozio in generale distingue gli atti in *beneficiari* e *permutatorii*. Grotius, *De i. b. ac. p.*, lib. II, cap. XII, § 1. Egli riferisce tal distinzione ad Arist., *Reth.*, I, 5, 7. ὅρος......τοῦ δέ οἰκεῖον εἶναι ἢ μὴ ὅταν ἐφ' αὐτῷ ᾖ ἀπαλλοτριῶσαι · λέγω δὲ ἀπαλλοτρίωσιν δόσιν και πρᾶσιν. Quanto alla distinzione, in un rapporto generale, degli atti nella teoria moderna, vedi Baron, *Pand.*, § 48, n. 3; Dernburg, *Pand.*, § 92, ecc. In rapporto ai contratti, Ihering, *Zweck im Recht.*, I, n. 108. Lipsia, 1877. Riscontrando gli autori citati si vedrà che ora nella distinzione dell'atto gratuito predomina l'elemento subbiettivo, lo spirito di liberalità e di beneficenza (il sentimento altruistico), ed ora l'elemento obbiettivo (la gratuità dell'acquisto). E nell'atto a titolo gratuito, questi due elementi possono coincidere; ma anche non coincidere. Di qui le difficoltà. — Contro l'eccessiva generalizzazione della categoria vedi anche una mia nota: *La legge del bilancio e gli effetti di una soppressione di spesa. Foro it.*, a. 1890, I, 1235.

(3) Questa teorica è stata sviluppata specialmente da Demolombe, *Traité des contrats*, II, § 196. Ma il principio si trova già formulato con somma chiarezza in Voet, *Com.* ad *Pand.*, 42, 8, n. 5. Conf. tra gli scrittori italiani, Pacifici, *Ist.*, IV, p. 207; Lomonaco, *Ist.*, III, p. 349. Accetta la teorica con qualche modificazione il Maierini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, p. 9 e seguenti. La modifica anche il Giorgi, *Obbligazioni*, II, p. 359-361. Conf. anche Simoncelli nello scritto già citato.

(4) L. 6, § 11. *Quae in fraudem creditorum facta sunt*, 42, 8. Ulpianus *Simili modo dicimus et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit*, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.

(5) L. 206, *De reg. iur.*

(6) Conf. Giorgi, *Obbligazioni*, II, p. 430, 431, e gli autori citati in p. 431, n. 1.

tuzione condizionale. — 84. Questioni pel caso di annullamento dell'accettazione.

**82.** Secondo l'espressa disposizione del nostro Codice, la facoltà di accettare l'eredità si prescrive col decorso di trenta anni (art. 943). L'articolo corrispondente del Codice francese per la sua formola ha dato luogo ad una controversia, imperciocchè in esso dicendosi che *la facoltà di accettare o rinunziare ad una eredità si prescrive col decorrimento di trenta anni* (1), si sono sostenute quattro opinioni diverse: 1ª) Dopo trenta anni l'erede è considerato come accettante da parte dei creditori, come rinunciante da parte dei suoi coeredi o degli eredi d'un grado successivo (2); 2ª) Dopo trenta anni l'erede, che non accetta, è considerato come rinunziante (3); 3ª) Per effetto della *sesina iuris*, se entro trent'anni l'erede non accetta o non rinuncia, resta erede. Se rinuncia prima che sia scorso il trentennio, ed un altro non abbia preso possesso dell'eredità, egli può ancora accettare. Ma se è scorso il trentennio, ancorachè l'erede sia rimasto nell'inazione, egli non può riprendere l'eredità; il suo diritto è prescritto (4); 4ª) Scorso il trentennio, senza che l'erede abbia accettato o rinunziato, è prescritto il diritto ereditario. Egli ha perduto la qualità di erede, ed in conseguenza non può più accettare, nè rinunziare. I sostenitori di quest'ultima opinione però si dividono, considerando alcuni che la prescrizione incominci dal momento che altri prenda il possesso della eredità (5), ed altri invece pel solo fatto che l'erede è rimasto inattivo (6). Il Codice italiano ha troncata ogni questione (7), e dichiarando che la facoltà di accettare si prescrive entro trenta anni, chiaro risulta che scorso il trentennio è perduto il diritto di confermare o consolidare gli effetti della investitura ereditaria (secondo la teorica da me accettata). Così è anche perduta la qualità ereditaria; e l'erede, contro cui la facoltà di accettare è prescritta, è messo nella stessa posizione di un rinunciante.

**83.** Nel diritto francese ritiensi che la prescrizione incominci dall'apertura della successione per tutti i successivi chiamati, e non incominci per questi dal momento in cui si verifica la loro vocazione (per es., rinuncia del primo chiamato). E ciò sostiensi con la considerazione che la legge non fa alcuna distinzione, che altrimenti potrebbe rimanere in sospeso eternamente l'eredità, che in ogni caso gli eredi successivi, nella inazione degli eredi di primo grado, possono essi accettare e mettersi in possesso della eredità (8). Ma, come si è visto (9), questo diritto d'accettare negli eredi successivi prima che essi siano realmente chiamati alla successione, è controverso nello stesso diritto francese, come è controverso se vi sia una *sesina iuris* contemporanea o successiva. E non lieve parmi l'obbiezione a tal sistema che non vi può essere prescrizione prima che il diritto sia nato, e che questo nasce quando si verifica la vocazione.

Già nel § 3 si è visto come nel diritto italiano è da concepire una successiva delazione, cosicchè parrebbe che si avesse a ritenere che la prescrizione del diritto d'accettare non decorra se non all'epoca che la delazione si verifica; così per l'erede successivo al momento che l'erede di primo grado rinunzia. A me pare però che si abbia a fare una distinzione. Se si tratta di una delazione pura e semplice, la prescrizione incomincia a decorrere dal momento dell'apertura della successione, tanto pel primo chiamato, quanto pei successivi. Imperciocchè il nostro Codice dà, e lo si vedrà in seguito (10), il diritto agli eredi successivi di chiamare in giudizio gli eredi primi chiamati, perchè dichiarino se vogliono accettare o no (art. 951). Ora, se l'erede di primo grado è inattivo, e se l'erede successivo non si avvale del diritto ad esso accordato dall'art. 951 per un trentennio, è prescritto il diritto, e prescrivesi contemporaneamente la facoltà di accettare, per l'evento che il primo chiamato rinunci, o si abbia per rinunciante, se non fa la dichiarazione a norma dell'art. 951 (11). Ma nel caso di una delazione condizionata (essendo controverso se nell'istituzione di erede sia ammessa la condizione risolutiva, pongo il caso d'una condizione sospensiva), poichè, secondo il mio concetto, è sospesa la stessa delazione (conf. sopra, n. 20, d), il diritto di accettare non nasce che col verificarsi della condizione (conf. sopra, n. 54); ed in conseguenza il trentennio non può decorrere, se non dal momento, nel quale la condizione si verifica, e da quel momento nasce nell'erede successivo la facoltà di intentare l'*a° interrogatoria* contenuta nell'art. 951; e quel momento segna il principio del trentennio anche per gli eredi successivi. Un'analoga soluzione parmi si debba avere pel caso della successione di un concepito, e della istituzione di un figlio immediato di una determinata persona vivente a norma dell'art. 764 (conf. sopra, n. 20, d).

**84.** Si è elevata la questione pel caso di annullamento dell'accettazione. Quando per vizi dell'accettazione (violenza, dolo), questa è stata annullata entro il trentennio, è riconosciuto che l'accettazione non può rinnovarsi, se non nel tempo che rimane per compierlo dal momento dell'apertura della successione. Si è detto che non vi ha ragione sufficiente per prolungare il trentennio, e che i termini dell'art. 948 sono assoluti. Ma quando il trentennio si compia nel corso del termine, entro il quale può intentarsi l'azione per annullamento dell'accettazione, è controverso se, intentata l'azione per l'annullamento e dichiarata la nullità dell'accettazione, scorso il trentennio, ma entro i termini in cui l'azione di nullità può essere

(1) Art. 789 Cod. francese, art. 706 Cod. nap., art. 893 Cod. parm., art. 1001 Cod. sardo, art. 977 Cod. estense.

(2) Delvincourt, II, p. 31.

(3) Duranton, VI, n. 488; Zachariae, IV, § 613. Conf. Hureaux, n. 73 e seg.

(4) Demante, III, n. 110; Chabot all'art. 789; Marcadé, art. 789; Demolombe, XIV, n. 315; Aubry e Rau VI, § 610, testo e nota 6; Puchelt in Zachariae, l. c.

(5) Arntz, II, 1430.

(6) Laurent, IX, 481-483.

(7) Pisanelli, Relaz., n. 125 (in Gianzana, *Collezione*, ecc. I, p. 81).

(8) Aubry e Rau, VI, § 610, testo e nota 16, conf. n. 4 e 5.

(9) Conf. sop. n. 54.

(10) Conf. più innanzi, n. 87.

(11) Questa opinione a me pare sia confermata in quanto il trentennio costituisce anche il termine per l'adizione, e questo termine è già troppo lungo, nelle condizioni locali odierne, e, come sarà in seguito notato, dovrebbe essere ristretto. Ora l'articolo 951, tra gli altri fini, ha anche questo di ridurlo; e chi potendosene avvalere, non se ne avvale, trovasi anche colpito dalla prescrizione della facoltà di accettare.

promossa, si abbia il diritto di rinnovare l'accettazione, o poniamo col beneficio dell'inventario. A chiarimento riferisco l'esempio del Pacifici: Caio ha accettato puramente e semplicemente per violenza: questa violenza cessa al ventinovesimo anno dell'apertura della successione: nell'anno successivo si compie il trentennio; ma l'azione di nullità, a norma dell'art. 1300 capoverso, può essere intentata entro cinque anni dal giorno in cui la violenza è cessata; si domanda se Caio possa, allo spirare dei cinque anni, intentare l'azione per l'annullamento dell'accettazione, e dichiarata la nullità, accettare col beneficio dell'inventario (1). A sostegno della opinione affermativa dicesi che l'erede, accettando, ha esercitato il suo diritto di opzione (secondo il concetto del Codice francese), ed ha creata per lui una posizione nuova, retta dai propri principii speciali (2). Invece si è in contrario considerato che l'accettazione deve aversi per non avvenuta, e che quindi l'accettazione annullata non può avere alcun effetto giuridico (3). Anche io preferisco la prima opinione sotto l'impero del diritto vigente. L'accettazione dell'eredità è una dichiarazione di volontà, e pei casi in cui l'azione di nullità è ammessa (violenza, dolo) non cessano d'imperare le disposizioni contenute nell'articolo 1300. Ma si è domandato quale tempo possa essere lasciato dopo l'annullamento all'erede per rinnovare l'accettazione. Il Pacifici opina che in forza dei principii generali debba ritenersi che l'erede abbia di nuovo tanto tempo per quanto ne aveva al momento nel quale si fu indotto per violenza o dolo ad accettare (4). E ciò a me sembra vero. Ma la legge avrebbe potuto completare l'art. 942, stabilendo che intentandosi l'azione di nullità, l'erede debba dichiarare se intenda avvalersi dell'annullamento per la rinuncia o per una accettazione col beneficio dell'inventario (5).

### § 12. — *Abbreviazione del termine per accettare.*



**85.** Nell'antico diritto romano non era stabilito alcun tempo per l'*aditio* (6). Nel diritto giustinianeo si è controverso se un termine fosse stabilito (7). L'opinione più moderna è per la negativa (8). Fra i Codici moderni il Codice austriaco non stabilisce alcun termine per l'accettazione (9). Il Codice prussiano, che, come si è visto, accetta il sistema dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, stabilisce un termine all'erede per accettare con o senza la riserva del beneficio dell'inventario. Questo termine a deliberare è di sei settimane, e di tre mesi se l'erede si trovi lontano più di quaranta miglia dall'ultimo domicilio del defunto. Se entro questo termine l'erede nulla dichiara, intendesi che abbia accettato col beneficio dell'inventario (10). Il Codice sassone prescrive che se il testatore ha stabilito un termine per l'accettazione, scorso il termine, intendesi che siasi rinunciato all'eredità (§ 2264); se non è stato stabilito alcun termine dal testatore, l'erede ha per accettare il termine di un anno a partire dal momento, in cui ha avuto conoscenza della delazione; scorso questo termine l'eredità si ha per accettata (§ 2264). Ma si noti che, secondo il Codice sassone, l'accettazione non porta la conseguenza che l'erede sia obbligato pei debiti *ultra vires* (§ 2328). Al sistema del Codice prussiano rannodasi il progetto di Codice civile per l'impero tedesco, che stabilisce un termine di sei settimane per rinunziare: il termine si prolunga a sei mesi, se l'erede fosse all'estero, o se il testatore avesse avuta all'estero la sua ultima residenza. Il termine corre dal momento che l'erede ha avuta conoscenza della delazione (§ 2030) (11).

**86.** Prescindendo dalle controversie già ricordate sulla interpretazione dell'art. 789 del Codice francese (conf. § precedente), il trentennio è per questo Codice il termine per esercitare il diritto di opzione, di accettare o rinunziare. E secondo il Codice vigente entro trent'anni si ha la facoltà di accettare, secondo le regole che ho discusse nello stesso § precedente (12). Ma veramente tal termine è troppo lungo, e come ho avuto occasione di notare, esso potrebbe restringersi a più breve tempo, seguendo l'esempio del Codice prussiano e del Codice sassone, e secondo i principii del Codice vigente, l'effetto dovrebbe essere che, scorso il termine, l'erede si avesse per rinunziante, in analogia di quanto è disposto nell'art. 951.

**87.** Tuttavia gl'inconvenienti del lungo tempo stabilito dal diritto vigente sono minorati dalla prescrizione del citato articolo 951. Questo articolo è così formulato: " Se però un erede testamentario o legittimo è chiamato in giudizio da chi ha interesse verso l'eredità per costringerlo a dichiarare se accetti o rinunzi l'eredità stessa, l'autorità giudiziaria stabilirà un termine per tale dichiarazione; decorso questo termine senza che siasi fatta la dichiarazione, l'eredità s'intende ripudiata „. Quest'arti-

(1) Pacifici, *Succ.*, V. p. 30.

(2) Demolombe, XIV, 509; Pacifici, *Succ.*, l. cit.

(3) Laurent, IX, 365.

(4) Pacifici, l. c.

(5) Il progetto di Codice civile per l'impero tedesco, § 2041, prescrive che la dichiarazione per oppugnare l'accettazione a causa di violenza o dolo deve farsi dinanzi al *Tribunale delle Successioni* unitamente alla rinunzia. Conf. *Motivi*, V, p. 512. Tale disposizione si connette al generale sistema seguito dal progetto in rapporto alla posizione dell'erede che accetta. Conf. sop., n. 78 in fine.

(6) Gai, II, 167.

(7) A causa della L. 19, e della L. 22, § 1, *De iure delib.*, 6, 30.

(8) Conf. Vangerow, *Pand.*, II, § 499; Mühlenbruch in Glük, XLI, p. 277 e seg.; Baron, *Pand.*, § 419; Dernburg, *Pand.*, III, § 164, Windscheid, III, § 598.

(9) Unger, *Erbrecht*, § 36, n. 13.

(10) P. L. R., I. 9, §§ 384, 385. Conf. Dernburg, P. Privatrecht, III, §§ 217, 218.

(11) Conf. *Motivi*, V, p. 497 e seg.

(12) Già si è visto (conf. sopra n. 55) come nel diritto romano l'imposizione della *cretio* da parte del testatore equivalesse a determinare un termine per accettare. Caduta la *cretio*, si conservò nel testatore il diritto di imporre un termine per adire, L. 72, D. *De adquir. vel omitt. her.*, 29, 2. Una condizione simile apposta in una istituzione di erede, sotto l'impero del Codice italiano sarebbe valida, come lo è pel codice austriaco (Unger, *Erbrecht*, § 36, n. 13), ed è espressamente stabilito dal Codice sassone, § 2264.

colo non si trova nel Codice francese, nè si trovava nel Codice napoletano del 1819. Esso, nei Codici italiani, apparisce per la prima volta nel Codice di Parma del 1820 (art. 895) e fu riprodotto dal Codice sardo (art. 1006): ma nè nell'uno, nè nell'altro Codice veniva stabilito l'effetto della mancata dichiarazione scorsi i termini stabiliti per l'autorità giudiziaria (1).

La disposizione dell'art. 951 del vigente Codice civile mette capo al diritto romano. È testualmente riconosciuto che i creditori dell'eredità abbiano diritto di reclamare al pretore, perchè stabilisca un *tempus ad deliberandum* (2). Controverso è se tal diritto, oltre ai creditori, competa ai legatari, ai successivi chiamati, ai coeredi (3). La controversia si ripete sotto l'impero del Codice vigente. Sostiene l'affermativa il Pacifici (4); il Borsari ed il Lomonaco, mentre riconoscono un tal diritto nei coeredi, taciono pei legatari, e lo negano ai successivi eredi (5). Bene il Pacifici argomenta della formula generale dell'art. 951, che dà il diritto di reclamare all'autorità giudiziaria, perchè fissi un termine per l'accettazione, a tutti coloro che vi hanno *interesse*. E tale interesse non può negarsi nè ai legatari, nè ai successivi eredi, nè ai coeredi. Il Pacifici bene osserva che per avere *interesse* non è necessario un diritto attuale, ma basta anche un diritto eventuale. Ed io aggiungo che in altri casi la legge ha tenuto conto del diritto eventuale dei coeredi e degli eredi successivi. Così, nel caso di una istituzione sotto condizione sospensiva (art. 857), finchè la condizione non si verifichi o sia certo che non si possa più verificare, è dato alla eredità un amministratore. E l'amministrazione dev'essere affidata al coerede o ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionato possa aver luogo il diritto di accrescimento (art. 858). Se tale ipotesi non si verifica, allora sarà l'amministrazione affidata *al presunto erede legittimo del testatore*, salvochè l'autorità giudiziaria per giusti motivi creda conveniente di provvedere altrimenti (art. 859). Ed a ciò si aggiunga che se nel diritto romano sostiensi che ai legatari, ai successivi eredi ed ai coeredi si debba accordare l'*a° interrogatoria*, con maggior ragione ciò deve sostenersi sotto l'impero del Codice italiano, ove il testo è espresso in formula così generale, accordandola a chiunque abbia un *interesse*, perchè l'erede si risolva di accettare o di rinunziare (art. 951). Ed il Codice sassone testualmente dà il diritto, oltrechè ai creditori, anche ai legatari, ai coeredi ed agli eredi successivi (§ 2266), e pure, come si è visto, stabilisce un breve termine per l'accettazione (vedi sop. n. 85) (6).

**88.** Quanto all'effetto per chi, interrogato *in iure*, facesse

(1) Stabilì pel primo l'effetto della rinuncia il progetto di revisione al Codice sardo del Cassinis (1860), art. 1103. Invece il progetto della commissione ministeriale (1861) tacque, seguendo l'esempio del Codice sardo. Ma nel progetto Miglietti (1862) si torna alla regola del primo progetto, art. 987. E la disposizione, essenzialmente non variata nel progetto Pisanelli (art. 919), passò nel Codice vigente.

(2) Gai, II, 167: *Liberum est quocumque tempore voluerit adire hereditatem, sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere*. L. 2, L. 3, L. 5, L. 6. D. *De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*, 11, 1.

(3) Malgrado la mancanza di testi espressi nelle fonti, sostiensi che l'*a° interrogatoria* compete ai legatarii, poichè anche essi hanno interesse a che l'erede adisca l'eredità. La ragione dell'istituto, *quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est* (L. 3, D. *De inter.*, 17, 1, conf. L. 2, eod.) deve valere anche per essi. Così la ragione interna data dalla L. 6, eod.: *defunctorum interest ut habeant successores*. Vedi Arndts, *Pand.*, § 509, n. 3; Sintenis, III, § 184, n. 4; Windscheid, II, D. § 598, n. 5; Baron, *Pand.*, § 419 in fine; Mühlenbruch in Glük, XLI, p. 278, 283. In contrario Brinz, § 814, Dernburg, *Pand.*, § 164. — Quanto ai successivi chiamati secondo il Windscheid, quand'anche la L. 69, D. *De adm. vel omitt., her.*, 29, 2, si possa riferire soltanto ai creditori, rimane sempre la L. 23, § 1, D. *De her. inst.*, 29, 2, che parla in generale per un caso analogo. Windscheid, III, § 198, n. 3. Professano la stessa opinione Arndts, *Pand.*, § 509; Sintenis, l. c.; Baron, l. c.; Mühlenhruch, l. c., p. 284. Accorda l'azione solo ai sostituiti Puchta, § 498. La negano in generale a tutti i successivi chiamati Bruns, *Iahr. d. gem. Recht*, I, p. 120; Brinz, p. 815. — Pei coeredi è riconosciuto il diritto da Windscheid, l. c., Burchardi *Syst.*, p. 957, ed autori citati in Windscheid, l. c. — In contrario Sintenis, § 184, n. 4. — Quanto alle tradizioni italiane, sotto l'impero del diritto comune piemontese, anteriore alla codificazione, è importante il notare che ritennero l'*a° interrogatoria* spettasse ai creditori, ai legatarii, e ad altri interessati per es. ai sostituiti, Fab., Cod. *de iure delib.*, Lib. VI, Tit. II, de. 46, n. 1, e seg.; Richeri, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, vol. II, § 7552. L'*a° interrogatoria* è espressamente riconosciuta nelle costituzioni modenesi del 1771, con formula generale a qualunque *avente interesse* nella eredità. Lib. II, tit. 35, n. II.

(4) Pacifici, *Succ.*, V, p. 33.

(5) Borsari, *Comm.*, art. 951, III, 1, p. 1034. Lomonaco, *Ist.*, III, p. 204. — Sotto l'impero del diritto francese i creditori dell'eredità hanno un mezzo indiretto per costringere l'erede a dichiararsi, intentando le loro azioni ereditarie contro di lui: l'erede però può opporre l'eccezione dilatoria risultante dal termine concesso per fare l'inventario e per deliberare (articoli 795-800), ovvero l'eccezione perentoria a causa della rinunzia. Vedi Aubry e Rau, VI, §§ 610, 614. Lo stesso diritto è riconosciuto pei legatarii. Aubry e Rau, l. c. I coeredi possono intentare un'azione di divisione della eredità. Aubry e Rau, § 614; Toullier, IV, 345. Quanto agli eredi successivi ritiensi che essi non hanno alcuna azione verso l'erede primo chiamato per costringerlo all'accettazione o alla rinuncia; e che solo in caso di inazione di lui possono porsi in possesso della eredità. Aubry e Rau, § 610; Toullier, IV, 345. Contro il Blondeau (*Separazione dei patrimoni*, n. 654 e seg.), che sostiene che un'azione competa ai successibili posteriori per mettere in mora l'erede ad accettare l'eredità, ed in caso di non accettazione farlo dichiarare decaduto dal suo diritto. Aubry e Rau, ecc., § 610, n. 5, oppongono che nel diritto francese non sono più riconosciute le azioni interrogatorie, e che l'azione di decadenza è proscritta dall'art. 789 Cod. franc. — La ragione che nel diritto francese non sono riprodotte le azioni interrogatorie è dal Lomonaco, l. c., generalizzata a tutto il diritto moderno, e quindi applicata al diritto italiano. Ma l'art. 951? — Quanto al Codice sardo, il Merlo, *Ist.*, p. 214, ripete la locuzione dell'art. 1006 del detto Codice, il Pastore, *Com.*, IX, p. 214, dice solo che non crede che la disposizione si debba applicare *anche ai creditori dell'erede ed ai coeredi;* il Precerutti, *Ist.*, II, p. 144, parla in generale di istanze promosse contro l'erede, ma non fa la ricerca chi abbia il diritto di farla. Sotto l'impero del Codice vigente fu deciso che l'azione spetti ai coeredi. Cass. Torino, 19 febbraio 1824 (Pacifici, *Rep.*, v. *Eredità*, n. 1886), e che competa anche ai creditori dell'erede, Corte di app. di Venezia, 13 luglio 1826 (*Foro ital.*, I, 1, 1342).

(6) Anche nel Progetto di legge ereditaria per l'Impero tedesco del Mommsen, che segue il sistema del diritto romano, non imponendo un termine per accettare o rinunciare (§ 231), è

scorrere il *tempus deliberandi*, nel diritto antigiustinianeo esso si aveva per rinunziante (1). Nel diritto giustinianeo alcuni romanisti distinguono il caso dei creditori da quello dei successivi eredi; ed opinano che nel primo caso l'erede si avesse per accettante, nel secondo caso per rinunziante (2). Altri romanisti sostengono che Giustiniano non facesse tra i due casi distinzione, ritenendo l'erede, che facesse scorrere il termine per deliberare, siccome accettante (3). Nè il Codice di Parma, nè il Codice sardo dichiaravano espressamente quale fosse l'effetto della mancata dichiarazione, ed il Precerutti dubitativamente esprime l'opinione che l'erede si avesse per accettante (4). Il Codice vigente si è tenuto alla regola del diritto antigiustinianeo, dichiarando che per la mancata dichiarazione nel termine stabilito per deliberare l'erede si avesse per rinunciante (5). Così prescrive anche il Codice sassone (§ 2266). Segue invece la regola opposta, e considera l'erede come accettante il Codice spagnuolo (art. 1005).

**89.** Il *tempus deliberandi* viene anche in un altro caso ad essere ristretto a brevi termini, cioè a tre mesi dall'epoca dell'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità, se i chiamati all'eredità si trovano nel possesso reale dei beni ereditari (art. 952) (6). Anche questa disposizione non si trova nel Codice francese, nè nel Codice napoletano, nè in quello parmense; ma si ha già nel Codice sardo nell'art. 1007 (7). Poichè il tempo di trenta anni stabilito per la facoltà di accettare è troppo lungo, il legislatore ha sentito il bisogno di determinare un altro caso, che l'abbrevii nell'interesse di tutti coloro che possono avere diritti sulla eredità. Ed i chiamati, che non pure hanno il possesso di diritto, ma la detenzione (*reale possesso*) delle cose ereditarie, debbono dichiarare, se intendono spogliarsi della qualità ereditaria, entro tre mesi dall'epoca dell'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità. Il fatto della continuazione del *reale possesso* entro i tre mesi è elevato dalla legge a presunzione di accettazione (8).

**90.** Scorsi i tre mesi dall'epoca dell'apertura della successione, il chiamato alla eredità che si trova nel *possesso reale*, a norma dell'art. 952, è *riputato erede puro e semplice*, ancorchè *opponesse di possedere tali beni ad altro titolo*. Ma la semplice concorrenza da un lato della delazione ereditaria, dall'altro del fatto del possesso reale fa elevare una presunzione *iuris et de iure*, la quale tolga ogni possibilità all'erede di provare che egli era nel possesso delle cose ereditarie a tutt'altro titolo? Su questo punto vi è dissenso. A me pare che il chiamato decada dalla facoltà di rinunziare, quando scientemente possegga le cose ereditarie a titolo di eredità. Egli è vero che il semplice fatto del possesso non è uno di quegli atti, che debbono considerarsi sempre come *pro herede gestio*, ma la legge prescrivendo nell'art. 952 la decadenza della facoltà di rinunziare per la continuazione del possesso reale per tre mesi dall'epoca dell'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità, deve basarsi sul fatto che il chiamato possegga come *heres*; ma non possiede come *heres* chi ignora la qualità ereditaria delle cose da lui possedute, e crede invece che le possegga a tutt'altro titolo; per es., se crede che a lui appartengano per l'eredità della madre (9). Conferma questa interpretazione lo stesso

---

espressamente riconosciuto il diritto nei creditori, legatari ed eredi successivi di provocare la dichiarazione dell'erede. Vedi Mommsen, *Entwurfe*, etc., § 231, ed annotazione a questo §. — Il Codice spagnuolo parla in generale di un *terzo interessato a che l'erede accetti o rinunci all'eredità*, art. 1005.

(1) Gai, II, 167.

(2) Voet, *ad Pand.*, 28, 8, § 3; Thibaut, *Pand.*, § 873; Mackeldey, *Lehrbuch*, § 688; Sintenis, III, § 184, 3.

(3) Mühlenbruch in Glück, XLI, p. 391 e seg.; Windscheid, *Pand.*, § 598, testo e nota 6; Baron, *Pand.*, § 419. — Riscontra L. 22, § 14, C. *De iure deliberandi*, 6, 30. Secondo il Windscheid, l. c., è vero che nella legge citata Giustiniano ebbe riguardo specialmente al caso dei creditori, ma pensò anche a quello dei successivi eredi, § 14, in fine (*vel his qui ad hereditatem vocantur*). Quanto ai *sui*, se scorso il *tempus deliberandi*, non dichiarassero di astenersi, si avevano per accettanti. Vedi Mühlenbruch in Glück, XLII, p. 326.

(4) Precerutti, *Ist.*, p. 144, ed autori ivi citati in nota 4.

(5) Conf. sop., n. 1.

(6) Il testo dell'art. 952 è il seguente: « Non ostante ciò che è stabilito negli articoli precedenti, i chiamati all'eredità, che si trovano nel possesso reale dei beni ereditari, perdono il diritto di rinunziarvi, decorsi tre mesi dall'apertura della successione, o dalla notizia della devoluta eredità, se non si sono conformati alle disposizioni circa il beneficio dell'inventario, e sono reputati eredi puri e semplici, ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo ». Tale disposizione riproduce l'articolo 1007 Codice sardo, salvo una leggera varietà nella redazione.

(7) Il Codice sardo derivò la disposizione dal § 2, lib. V, tit. 5 delle RR. Costituzioni di Vittorio Amedeo, però con modificazioni, per le quali riscontra Pastore, *Com.*, IX, p. 215 e seg.

(8) Conf. sopra n. 61. Il possesso per se stesso non è un caso di *pro herede gestio*. E ciò nemmeno nel diritto romano: lo è solo quando si possegga a titolo di erede. Il testo fondamentale, che ciò prova, è quello di Paolo, L. 88, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2: *Gerit pro herede qui animo adgnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. Unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est et si alienam rem ut hereditariam possedisset.* — Nel diritto medioevale si fermò la dottrina aversi a presumere che il possesso fosse a titolo di erede, purchè non si provasse il contrario. Vedi Mantica, *De coniecturis*, lib. XII, tit. 12, n. 8, ove è riferita anche l'opinione di Baldo, Bartolo ed altri dottori. Vedi anche tit. 10, n. 16 della stessa opera. Conf. Fab., Cod. *de repud. vel abstin. her.*, lib. VI, tit. 12, def. 1; Woet, *Com. ad Pand.*, 29, 2, n. 7; Richeri, *Universa Jurisprudentia*, etc., II, 7435. Contro questa dottrina vedi *De Crescenzio*, nota alla sentenza della Cassazione di Roma del 28 dicembre 1877 (*Foro it.*, vol. III, I, 6). Il De Crescenzio riferisce un parere della facoltà giuridica di Jena, secondo la quale i fatti che si allegano a prova della *pro herede gestio* debbono essere *concludenti*, e l'attore non solo deve provare i fatti costituenti la *gestio*, ma anche l'*animus*.

(9) In fondo tale è anche l'opinione del Pacifici, *Succ.*, V, p. 112. In questo senso parmi che interpreti l'art. 1007 del Codice sardo il Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, p. 14. — Quanto alla giurisprudenza, la Cassazione di Napoli, 3 febbraio 1881, decise che la presunzione *iuris*, stabilita dall'art. 952, può essere distrutta da un fatto contrario, quando sia dimostrato che il possesso dell'erede mette capo e si fonda su di una causa ben diversa dal titolo ereditario. Non può quindi reputarsi erede la figlia, sol perchè ritenne il possesso di parte dei beni che le furono costituiti in dote. (*Foro it.*, *Rep.*, a. 1881, v. *Successione*, n. 196, 197). Conf. Cass. Napoli, 28 gennaio 1882 (*Foro it.*,

art. 952, il quale stabilisce che il termine di tre mesi non decorra se non dalla *notizia della devoluta successione;* ora è appunto dalla notizia della devoluta successione che il chiamato può venire a conoscenza della qualità ereditaria delle cose da lui possedute. Ma se tale è il caso, il termine di tre mesi non dovrebbe decorrere se non dal tempo, in cui il chiamato è venuto in cognizione di possedere cose ereditarie; ed allora se egli continua nel *possesso reale* per tre mesi, può decadere dalla facoltà di rinunziare, ed essere tenuto come erede puro e semplice, secondo la testuale espressione dell'art. 952. In conclusione a me sembra, che ogni eccezione di possedere cose ereditarie a tutt'altro titolo sia tolto all'erede, quando egli abbia la scienza di possedere cose ereditarie a titolo di eredità (1).

L'art. 952 dà luogo ad un'altra questione. Se l'erede, che si trova nel possesso reale dell'eredità, formalmente rinuncia dopo i tre mesi, la rinuncia può essere impugnata dai creditori, dai legatari, ed anche dai coeredi, che per effetto della rinuncia subentrassero nella quota di eredità del rinunciante. È evidente l'interesse dei primi, ma è anche giustificato l'interesse dei secondi; imperciocchè avverandosi *ipso iure* il diritto di accrescere, gli eredi accettanti si troverebbero addossata quella parte dei debiti e dei legati, che sarebbe spettata al rinunziante (2). Ma potrebbe essere impugnata la rinunzia dallo stesso erede rinunciante? La Corte di cassazione di Torino, sentenza 17 maggio 1877, decise che l'art. 952 è scritto in favore degli interessati, e non per dare al rinunciante tardivo il diritto di impugnare il proprio atto; e che non si può estendere all'erede il favore accordato ai terzi. Così interpretato l'art. 952, ne consegue che la rinunzia tardiva sarebbe o no valida, secondo che paresse di oppugnarla ai terzi interessati (creditori, legatari, coeredi). A conferma di questa interpretazione potrebbe dirsi che nello stesso articolo 952 rivelasi il pensiero del legislatore, fissato nel contraddittorio coi terzi, aventi diritto sull'eredità, poichè si è aggiunto l'inciso *non ostante qualunque opposizione di possedere ad altro titolo.* E si potrebbe anche argomentare per analogia dal successivo art. 953, in forza del quale, come si è visto sopra, num. 64, ritiensi che i colpevoli di sottrazione o di celamento non potrebbero far dichiarare nulla la loro rinunzia. Tuttavia, malgrado queste argomentazioni, e l'autorità della Cassazione di Torino, io ritengo che l'accettazione diventi irrevocabile sia rispetto ai terzi, sia rispetto all'erede (3). E ciò pel principio che qui si tratta di un termine stabilito per l'esercizio della facoltà di rinunciare, e di una accettazione fondata su una presunta *pro herede gestio*. Ritenendosi che la decadenza della facoltà di rinunciare, sia condizionata alla scienza di possedere cose ereditarie, e che la legge sulla base della scienza di questo possesso operi per così dire una conversione del titolo del possesso, se il possessore possegga ad altro titolo (p. es. *iure pignoris*), si ha una accettazione dichiarata dalla legge sulla base di una *pro herede gestio;* e non deve farsi una eccezione alla irrevocabilità dell'accettazione. Nè può invocarsi per analogia l'art. 953, poichè diversa è la ragione delle due disposizioni. La decadenza della facoltà di rinunciare, stabilita nell'art. 953, non può equipararsi ad *accettazione tacita* o *pro herede gestio*, e tale giustamente non la considerò il diritto romano (confronta sopra n. 63); ma è dichiarata come pena per l'erede colpevole. Invece l'articolo 952 non pronunzia la facoltà di decadenza, come pena per fatti colpevoli; ma prescrive un termine per accettare o espressamente rinunciare, e scorso questo termine, in quanto un possesso *animo heredis* può essere considerato come atto di gestione da erede, eleva il fatto del possesso continuato per tre mesi a presunzione di accettazione (conf. sop. n. 89).

### § 13. — *Rinunzia dell'eredità.*

91. Diritto romano. — 92. Diritto austriaco e prussiano. — 93. Codice francese e Codici italiani preesistenti. — 94. Concetto della rinunzia e forma della stessa. — 95. Questione. — 96. Condizioni per la validità della rinuncia. — 97. Nullità di essa. — 98. Continuazione. — 99. Annullabilità della rinuncia. — 100. Rinuncia dei minori, interdetti, inabilitati. — 101. Rinuncia della donna maritata. — 102. Rinuncia dei corpi morali. — 103. Rinuncia condizionale, a termine e *pro parte*. — 104. Retroattività della rinuncia. — 105. Irrevocabilità della rinuncia. Eccezione: diritto di revoca da parte dell'erede rinunciante. — 106. Condizioni di esso. — 107. Surrogazione dei creditori nel diritto di revoca e trasmissibilità agli eredi. — 108. I diritti quesiti dei terzi.

**91.** Nel diritto romano la rinunzia alla eredità (*hereditatem repudiare, recusare, praetermittere, omittere*) è una unilaterale dichiarazione di volontà, non legata ad alcuna forma. La rinuncia può essere espressa e tacita (4). Essa

*Rep.*, a. 1882, v. *Succ.*, 178). — D'altra parte la Cassazione di Firenze, 26 marzo 1877, decise che sarebbe riputato erede nella ipotesi dell'art. 952 chi anche fosse possessore di cose ereditarie per ragione di condominio (Pacifici, *Rep. Sup.*, v. *Succ.*, n. 1065). Conf. App. Catania, 16 gennaio 1866 (*Foro it.*, *Rep.* 1886, v. *Successione*, n. 17), Cass. Torino, 29 luglio 1879 (*Gazzetta dei Tribunali* di Milano, 1879, 812), Cass. Torino, 24 maggio 1882 (*Foro it.*, *Rep.* 1882, v. *Succ.*, n. 175), Cass. Torino, 29 aprile 1890 (*Foro it.*, 1890, I, 855), Cass. Torino, 18 aprile 1891 (*Foro it.*, 1891, I, 1199). Non parmi che tale giurisprudenza riveli un principio direttivo, ed io mi tengo alla regola esposta nel testo. — Errato è il concetto del possesso reale nella sentenza della Cassazione di Palermo del 7 gennaio 1882 (*Foro it.*, a. 1882, I, 279). Essa, interpretando l'art. 962, dichiarò che il *possesso reale* significhi il possesso di diritto dell'art. 925.

(1) Il termine di tre mesi è applicabile ai minori? Decise per l'affermativa la Cass. di Torino, sentenza 16 giugno 1881 (*Giornale delle Leggi*, XII, 44) sulla considerazione che la personalità del minore si compie con quella del tutore, e che egli è abbastanza garantito dall'obbligo dell'accettazione col beneficio dell'inventario. Ma a breve intervallo la stessa Cassazione, 2 dicembre 1881, ha deciso in senso opposto (*Foro*, *Rep.* a. 1882, v. *Succ.*, n. 190, 191) considerando che il minore non decade dal diritto di rinunciare l'eredità, se non dopo un anno che ha raggiunta la maggiore età, ed invocando gli art. 963, 964. E questa a me sembra la vera opinione.

(2) *Foro it.*, II, 1, 700. Conf. App. Casale, 5 dicembre 1882 (*Foro ital.*, *Rep.*, a. 1883, v. *Successione*, n. 163).

(3) Pare che il Pacifici accolga implicitamente il principio, che io propugno. *Succ.*, V, p. 115, 137, 138.

(4) L. 95, D. *de adq. vel omitt. her.*, 29, 2. *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis iudicio voluntatis.* Conf. § 7, Inst. *De her. qual. et dif.*, 2, 19; L. 6, pr. D. *Ad SC. Trebell.*, 36, 1; L. 17, § 1, L. 60, L. 77. D. *De adq. vel omitt.*

non è legata ad alcun termine, a meno che non siasi chiesto uno *spatium deliberandi* (1).

**92.** Quanto ai codici moderni, nel diritto austriaco è controverso se l'unica forma della rinuncia sia la giudiziale, ovvero sia anche ammessa la rinuncia stragiudiziale, e la tacita (2). Nel diritto prussiano la rinuncia deve essere fatta dinanzi al tribunale, e non è ammessa rinuncia tacita (3). Nel Codice sassone non è prescritta alcuna forma solenne (4). Il progetto di Codice civile tedesco riproduce il sistema del diritto prussiano (5).

**93.** Nel Codice francese la rinuncia all'eredità è espressa e solenne, poichè deve essere fatta innanzi alla cancelleria del tribunale (art. 784) (6). Il Codice sardo riprodusse letteralmente la disposizione (art. 998), e la riprodusse anche il Codice napoletano del 1819, il quale però distinse tra le eredità superiori al valore di ducati trecento e quelle inferiori a tal valore. Per le prime la rinunzia si faceva dinanzi alla cancelleria del tribunale, per le seconde dinanzi al giudice di circondario (corrispondente all'odierno pretore) (art. 701). Il Codice di Parma stabilì invece che la rinunzia ad una eredità, di qualsiasi valore, si facesse dinanzi alla cancelleria della pretura (art. 888 1° comma), ed in ciò fu seguito dal Codice estense (articolo 972), e dal Codice vigente (art. 944) (7).

**94.** In conformità dei concetti già esposti sulla natura dell'acquisto dell'eredità e dell'accettazione (conf. sopra §§ 6, 7), la rinunzia all'eredità è l'atto, col quale l'erede spogliasi della qualità ereditaria già acquistata *ipso iure* mercè la delazione; in conseguenza essa costituisce la rinunzia a tutti i diritti dipendenti dalla qualità di erede.

La rinunzia all'eredità deve essere *espressa*. V'ha però nel nostro Codice un caso di rinunzia tacita, ed è quello dell'art. 951 (Conf. sopra, n. 87). La rinunzia all'eredità, meno nel caso dell'art. 951, è *solenne*, poichè la legge ne prescrive la forma, dovendo essere fatta *con una dichiarazione presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, sopra un registro tenuto all'uopo* (art. 944). La rinunzia deve essere fatta personalmente, o per mezzo di mandatario, munito di procura speciale.

**95.** Sotto l'impero del Codice francese si questiona, se la forma solenne prescritta dall'art. 784, sia necessaria non pure per gli effetti rispetto ai creditori, ma anche per quelli rispetto ai coeredi e successivi eredi, quando essa sia fatta in favore di tutti coloro che succederebbero in mancanza del rinunciante (8). Un'analoga controversia si è riprodotta sotto l'impero del diritto vigente; poichè da un lato si sostiene che la legge non fa alcuna distinzione nell'art. 944 tra creditori, legatarii e coeredi, e che la solennità loro interessa egualmente, dall'altro si afferma che la disposizione non riguarda i coeredi o secondo i casi i successivi eredi, pei quali v'ha l'articolo 938 (9). Questo articolo è la riproduzione dell'art. 993 Codice sardo, il quale a sua volta l'aveva derivato dall'art. 883 del Codice di Parma, e non si ha nel Codice francese. Sotto l'impero del Codice sardo trattò la questione il Pastore, accettando l'opinione che nel caso di rinunzia gratuita a tutti i coeredi non fosse necessaria la rinunzia formale prescritta dall'art. 998 Codice sardo (10). Questa opinione a me pare preferibile sotto l'impero anche del vigente Codice. Tale rinunzia fatta senza le forme prescritte dall'art. 944 non sarà valida rispetto ai creditori, ma non varrà come accettazione nemmeno a loro riguardo, mentre rispetto ai coeredi e secondo i casi ai successivi eredi avrà il suo pieno valore (11). E conferma tale opinione l'origine storica della disposizione, contenuta nell'art. 938, in quanto nel già citato articolo del Codice di Parma (888), che corrisponde all'art. 938 del vigente Codice, in luogo di *rinunzia* era detto *la cessione*, e secondo questa formula non mi pare dubbio che rispetto ai coeredi o successivi eredi, una *cessione gratuita*, quando essi sarebbero succeduti in mancanza del rinunziante, non avesse bisogno della forma solenne di rinuncia dinanzi alla cancelleria della pretura (art. 888 Codice di Parma). Però nel caso che nell'eredità si contengano immobili, è necessaria la forma scritta (art. 1314, n. 1 e 2). E sotto l'impero del

---

*her*. Conf. in generale sulla rinunzia nel diritto romano Windscheid, *Pand.*, III, § 599; Baron, *Pand.*, § 424; Mühlenbruch, Cont. di Glück, XLIII, p. 103 e seg.

(1) Conf. § precedente p. 435 testo e note 2, 3.

(2) Ritiene che è ammessa soltanto la rinuncia giudiziale, argomentando dal § 799 Cod. au. il Krainz, *Syst.*, II, I, § 510. In contrario Unger, *Erbrecht*, § 27. Conf. sopra n. 56, in fine, e nota 3.

(3) L. R., I, 9, § 398. Conf. Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, III, § 219.

(4) Cod. sassone, § 2257 e seg. Conf. sop., n. 56.

(5) § 2032. Conf. *Motivi*, V, p. 502 e seg.

(6) Prima del Codice in Francia i paesi di diritto scritto seguivano il sistema romano, i paesi di diritto consuetudinario non ammettevano la rinuncia tacita. In essi la rinuncia doveva essere espressa e fatta o dinanzi ad un notaio, o dinanzi alla cancelleria del tribunale, o dinanzi al giudice. Pothier, *Successions*, chap. III, sect. IV, § 3. Pare pero che tal giurisprudenza non fosse nè costante, nè unanime. Demolombe, XV, n. 5, 6. La pubblicità, per la quale, come risulta dai motivi del Codice francese, fu ordinato l'art. 784, non era nel diritto antico completa, come nota a ragione l'Arntz, poichè bisognava fare ricerche su gran numero di notai e di tribunali. Vedi Arntz, II, 1416.

(7) Per le provincie romane il Regolamento Gregoriano ordinava che l'*atto di personale ripudio*, come l'accettazione formale, si facesse dinanzi alla cancelleria del tribunale civile. § 1565, confrontato § 1541. Conf. sop. n. 34 in fine.

(8) Riscontra Laurent, IX, 432. Secondo il Laurent, la sola forma della rinuncia alla successione è quella dell'art. 784: la rinuncia per convenzione è una accettazione. Conf. in generale Toullier, VI, 338; Hureaux, *Succ.*, II, p. 24. Dall'altro lato si sostiene che una rinuncia per convenzione ha il suo effetto come rinuncia di fronte ai coeredi e successibili. V. Zachariae, § 613, testo e nota 13; Aubry e Rau, VI, § 613, n. 2, e nota 10; Demolombe, XV, n. 20. La rinuncia come atto unilaterale deve però essere fatta nella forma dell'art. 784. In un senso ancora più generale, Arntz, II, 1417.

(9) Vedi, nel senso della validità della rinuncia solo nella forma dell'art. 944 Cod. vigente, Pacifici, *Succ.*, V, p. 136; Borsari all'art. 944, vol. II, p. 995. Invece per la validità di una rinuncia per convenzione tra coeredi Bellavite, *Note di diritto civile*, p. 342. Questa fu anche l'opinione più antica del Pacifici, *Ist.*, IV, 1ª ed., p. 317. Conf. Vol. VI, 3ª ed., p. 358.

(10) Pastore, IX, p. 161, 162. Conf. App. Casale, 10 giugno 1882 (*Foro, Rep.*, 1882, v. *Successione*, n. 167).

(11) Conf. Appello Genova, 11 settembre 1889 (*Foro*, *Rep.*, 1889, v. *Successione*, 80, 81).

diritto italiano è anche accettabile l'opinione già espressa da Aubry e Rau e Demolombe nel diritto francese, cioè che per essere valida simigliante rinuncia deve essere fatta nella forma della convenzione. Trattandosi di rinunzia unilaterale, essa non può essere valida che nella forma dell'art. 944 (1).

**96.** Per essere valida una rinuncia sono necessarie in generale le stesse condizioni che per l'accettazione: in conseguenza che siavi un atto della volontà, che la persona sia capace, che la volontà sia espressa nelle forme volute dalla legge (conf. sopra § 7). La rinuncia, come l'accettazione, può essere anche essa *nulla* (*inesistente*), ovvero annullabile, secondo che manchino in essa gli elementi o condizioni essenziali, ovvero v'hanno vizi o difetti, che la legge considera come cause, perchè la rinuncia possa essere oppugnata (Conf. sopra n. 72).

**97.** La rinuncia è nulla (inesistente):

*a*) Se manca la volontà del rinunziante (conf. sopra, n. 78);

*b*) Se si è rinunciato ad una successione non ancora aperta (art. 954);

*c*) Se non è fatta nella forma prescritta dalla legge (art. 944).

Ed in rapporto all'ultimo caso la rinuncia è nulla, se siasi fatta presso una cancelleria della pretura diversa da quella del mandamento in cui si è aperta la successione; se la rinuncia siasi fatta in giudizio (2); se essa non è stata trascritta nel registro tenuto all'uopo, ma in un altro (3). Solo, come già si è notato, se la rinunzia è stata fatta per convenzione tra coeredi o eredi successibili, essa potrà valere tra essi nelle condizioni dell'art. 938; ma non verso i terzi.

**98.** Nel diritto romano, valendo anche in esso nella rinuncia i principii che regolano l'accettazione, non è valida la rinuncia prima che siavi la *delatio hereditatis* (4). Nel diritto francese un tal punto è controverso come per l'accettazione (conf. sopra, n. 54), sostenendosi da alcuni che si possa rinunciare anche da eredi successivi (5), e da altri che no, finchè gli eredi di prima vocazione non abbiano rinunciato (6). Sotto l'impero del diritto vigente, in accordo coi concetti già svolti per l'accettazione, opino che non si possa rinunciare prima della delazione. E come già ho avuto occasione di notare, ciò da un lato è la conseguenza della teoria della delazione, da me seguita, e dall'altro è anche confermato dalla disposizione dell'art. 951. Al diritto accordato ai successivi eredi da questa disposizione può rinunciarsi; ma una tal rinuncia non è la unilaterale rinuncia della quale ora si tratta (conf. sopra, n. 54). Ed in conseguenza dei principii su esposti una rinuncia alla eredità fatta da un erede istituito sotto condizione sospensiva, prima che la condizione si verifichi, sarebbe nulla (conf. sopra n. citato in fine). Fatta in favore di taluni eredi essa potrà valere come rinuncia ad un diritto condizionato, se in forma contrattuale.

**99.** La rinuncia è *annullabile* in tutti i casi, in cui può essere annullata l'accettazione (Conf. sopra § 10, n. 74). In conseguenza:

*a*) Per difetto di capacità;

*b*) Per dolo (arg. art. 942);

*c*) Per violenza (arg. art. citato).

**100.** In rapporto alla capacità di rinunziare dei minori, degli interdetti e degli inabilitati, la rinuncia fatta da una di tali persone incapaci è annullabile, se essa non è compiuta con le formalità stabilite dalla legge (art. 227, 322, 329, 341). Così se un figlio sotto la patria potestà rinuncii da sè, ovvero un minore sotto la tutela rinuncii da sè, o rinuncii il tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296); e nelle stesse ipotesi rinuncii un interdetto o il suo tutore (art. 329), o rinuncii l'inabilitato senza l'assistenza del curatore (art. 339). Ma se il padre rinuncia all'eredità del figlio, può dimandarsi se l'atto sia *nullo* o *annullabile*. La soluzione di questa controversia dipende dallo stabilire le condizioni volute dalla legge per una valida rinuncia delle eredità devolute al figlio sotto la patria potestà. Nel Codice francese non si hanno gli art. 224, 225, 226 del nostro Codice. Nel Codice francese il principio che il padre sia l'amministratore dei beni dei figli durante il matrimonio è formulato sotto il capo della tutela (art. 389). Poichè allo scioglimento del matrimonio la patria potestà si trasforma in una tutela *sui generis*, pel caso di accettazione o di rinuncia del padre, sciolto il matrimonio, si applica l'art. 461, e la rinuncia di lui non è valida se non previa l'autorizzazione del consiglio di famiglia (7). Ma quando il matrimonio non è sciolto, e l'amministrazione spetta al padre, il diritto francese presenta delle difficoltà per determinare i poteri di lui nell'amministrazione. Una prima opinione equipara in generale l'amministrazione del padre alla tutela (8). Per quanto seducente per la sua semplicità, tale opinione è oggi generalmente abbandonata, trovandosi tra l'una e l'altra essenziali differenze (9), e contraddicendo ai lavori preparatori del Codice francese (10). Una seconda opi-

(1) Conf. sop. p. 419 testo e nota 1.

(2) App. Napoli, 2 dicembre 1868 (*Annali*, II, 2, 529).

(3) Hureaux, II, p. 22; Pacifici, *Succ.*, V, n. 81.

(4) L. 18, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2. *Is potest repudiare, qui et adquirere potest.* L. 4, *eod. Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire.* Conf. Windscheid, *Pand.*, III, § 590.

(5) Aubry e Rau, § 610, testo e nota 4; Hureaux, *Succ.*, II, p. 7, 8.

(6) Duranton, VI, n. 365; Chabot, art. 744, n. 5.

(7) L'omologazione del tribunale non è necessaria. Vedi Duranton, III, n. 577; Toullier, II, n. 1236; Zachariae, I, § 113; Aubry e Rau, I, § 113, testo e nota 8.

(8) Valette sur Prudhon, II, p. 283.

(9) Laurent, VI, n. 301; De la Bigne de Villeneuve, *Eléments de droit civil*, I, p. 522. Paris, 1883.

(10) Il progetto primitivo del Codice non aveva alcuna disposizione riguardante l'amministrazione del padre. Il tribunato opinò che fosse necessaria una disposizione speciale. La sezione di legislazione osservò: « La sezione pensa che il primo articolo del titolo della tutela debba enunciare in termini specifici quale sia la qualità del padre nei rapporti dei beni dei suoi figli minori durante il matrimonio. Giammai il padre è stato qualificato tutore dei suoi figli durante il matrimonio. Se durante il matrimonio la legge non ammette alcuna differenza tra il padre ed il tutore, bisognerà che il padre in rapporto ai beni dei suoi figli sia assoggettato durante il matrimonio a tutte le condizioni e cauzioni che la legge impone al tutore; che esso sia sotto la sorveglianza del tutore surrogato, sotto la dipendenza del consiglio di famiglia. Ciò ripugna a tutti i principii costantemente ricevuti ». Locré, III, n. 404. Fondandosi su questi motivi la sezione propose l'art. 389.

zione è che il diritto del padre non sia sottoposto ad alcuna restrizione (1); però lo Zachariae limita il principio pel caso che vi sia espressa eccezione della legge (2). Egli si domanda se l'art. 457 contenga tale eccezione, e risponde negativamente secondo le parole della legge, affermativamente secondo il suo spirito (3). Poichè questo autore considera la rinunzia ad una successione come una alienazione, e dice che secondo questo principio deve giudicarsi della capacità della rinunzia (4), è da ritenere che secondo lo Zachariae il padre non possa rinunziare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Altri scrittori, riconoscendo la differenza tra l'amministrazione del padre e la tutela, ritengono che il padre possa compiere da sè tutti gli atti che il tutore può fare con la sola autorizzazione del consiglio di famiglia, e quindi possa accettare o ripudiare una successione: ma che non possa fare senza autorizzazione del tribunale tutti quegli atti, che pel tutore sono sottoposti anche all'omologazione del tribunale (5). Un'altra opinione, pur non equiparando in generale l'amministrazione del padre alla gestione tutelare, ritiene che il padre possa fare da sè tutti gli atti che il tutore può fare nello stesso modo, e debba sottoporsi alle stesse formalità prescritte per la tutela nei casi stabiliti dal Codice. Quindi il padre amministratore non può accettare o rinunciare eredità, se non previa l'autorizzazione del consiglio di famiglia (6). Il Laurent sostiene invece che non devesi argomentare per analogia dalle regole della tutela, perchè contrario ai lavori preparatorii. Egli dà la regola che il padre può fare tutti gli atti di amministrazione, ma non quelli di disposizione; egli quindi non può rinunciare ad una successione. Quanto all'autorizzazione del tribunale per gli atti di disposizione il Laurent obbietta che i tribunali non possono procedere all'autorizzazione senza un testo preciso di legge. Solo il proprietario può alienare, quando questi è incapace, la legge deve determinare sotto quali condizioni l'alienazione è possibile. Se non l'ha fatto, il giudice non ha alcun titolo per intervenire; oltrechè, egli aggiunge, posta questa dottrina l'atto sarebbe nullo, ora può esservi nullità per la mancanza di una formalità che la legge non prescrive? Tale dottrina è accettata da Puchelt (7). Finalmente un'altra opinione è che il padre possa fare tutti gli atti di amministrazione, ma che per gli atti di disposizione abbia bisogno dell'autorizzazione del tribunale. E di quest'ultima specie è la rinuncia all'eredità (8).

Il Codice napoletano del 1819 rappresenta, nell'ordinamento delle regole riguardanti la patria potestà, un progresso rispetto al Codice francese. Esso pose sotto il titolo della patria potestà le regole riguardanti l'amministrazione del padre durante il matrimonio (art. 291), e determinò con precisione i diritti di lui (art. 291-293). Le questioni, che si elevano nel diritto francese, furono con questi articoli risolute in un modo esplicito (9). Ed in rapporto alla rinunzia dell'eredità la questione fu risoluta nel senso dell'opinione del Merlin, stabilendosi testualmente (art. 292 Cod. nap.), che il padre durante il matrimonio non potesse ripudiare eredità *senza l'approvazione del tribunale*. Il Codice di Parma del 1820 anche esso ebbe un articolo sul diritto di amministrazione del padre che esercita la patria potestà, sotto questa epigrafe (Lib. I, Tit. I, Cap. III, Sez. II, § 2, *della patria potestà*, art. 86). Questo Codice non aveva l'istituzione del consiglio di famiglia, e tanto pel tutore quanto pel padre, era prescritto che essi non potessero rinunziare ad eredità *senza ordinazione del giudice* (art. 888 combinato con l'art. 255). Nel Codice sardo sotto il titolo della patria potestà si leggono gli articoli 231 e 232. Il primo dichiara il padre amministratore dei beni dei suoi figli minori, il secondo che egli rappresenta gli stessi. Fra gli atti vietati al padre senza l'autorizzazione del tribunale sono enunciati gli atti di *alienazione*, ma non si parla della rinunzia dell'eredità (art. 232). Solo sotto il titolo dell'accettazione dell'eredità si ha l'art. 984, il quale nel capoverso dispone, che nel caso che il padre non possa o non voglia accettare l'eredità, il tribunale a richiesta o del figlio, o di alcuno dei parenti, o anche dell'avvocato fiscale, possa autorizzare l'accettazione previa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre. Quanto ai successivi progetti, che hanno preceduto il Codice vigente, il progetto di revisione del Codice albertino (1860) si tenne essenzialmente a questo Codice nell'art. 908 (sotto il titolo della *patria potestà*) e nell'art. 1082 (sotto l'epigrafe *dell'accettazione dell'eredità e della rinuncia della medesima*). Invece nel progetto del 1861 si dichiarò che il padre rappresenta i figli minori in tutti gli atti civili e ne amministra i beni (art. 320), e nell'art. 322 fu scritta una esplicita disposizione riguardante la rinunzia dell'eredità: " Il padre non potrà accettare una eredità devoluta al suo figlio minore altrimenti che col benefizio dell'inventario: *non potrà però ripudiarla senza l'approvazione del tribunale civile* ". Nell'art. 1040 dello stesso progetto, sotto l'epigrafe *Dell'accettazione delle eredità e delle rinuncie alle medesime*, fu richiamata nel primo alinea la regola dell'art. 322, già trascritta, e nel secondo alinea si provvide pel caso che il padre non possa o non voglia accettare, in conformità dell'art. 984 Cod. sardo. Il progetto Miglietti del 1862, sotto il titolo della patria potestà, formulò un articolo,

(1) Bourges, 11 febbraio 1860. Vedi in Demolombe, VI, n. 443.

(2) Zachariae, I, § 99.

(3) Zachariae, I, § 99, n. 8.

(4) Zachariae, IV, § 613.

(5) Marcadé, II, art. 389; Marchant, *Code de la minorité*, I, liv. II, n. 13; Delvincourt, I, n. 101, n. 8; Demolombe dice che tale è la giurisprudenza del tribunale della Senna. Vedi in Demolombe, VI, n. 445. Bruxelles, 16 giugno 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 307).

(6) Aubry e Rau, § 123, testo e nota 31. Conf. § 113, testo e nota 7; Demolombe, VI, n. 417, XIV, n. 329. Quantunque l'Arntz preferisca l'opinione precedente, pure dice che è utile anche in questi casi provocare una deliberazione del consiglio di famiglia. Arntz, I, 660.

(7) Laurent, VI, n. 301-305, 313, 314; Puchelt in Zachariae, I, § 99, n. 8.

(8) Tale è l'opinione del Merlin, *Rép.*, v. *Puissance paternelle*, sec. IV, n. 11, che ricorda anche l'antica giurisprudenza francese. Professa la stessa opinione De la Bigne de Villeneuve, *Elém. de droit civil*, n. 522 e seg. Conf. Duranton, III, 415. — Pei fini di una esposizione del diritto italiano non è necessaria una discussione critica delle varie opinioni su riferite.

(9) Magliano e Carrillo, *Commentario al Codice civile napoletano*, I, p. 550. Napoli, 1819. Conf. Cangiano, *Diritto positivo secondo il Codice napoletano*, I, p. 267. Napoli, 1841.

che salvo leggera varietà di redazione, risponde all'art. 224 del Codice vigente. Esso è l'art. 252 del seguente tenore: “ Il padre in forza della patria potestà rappresenta i figli nati o nascituri in tutti gli atti civili e ne amministra i beni. — Egli però non può alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui od altre obbligazioni con atti eccedenti la semplice amministrazione, se non per causa di necessità od utilità evidente del figlio stesso, e mediante decreto del tribunale di circondario „. Sotto l'epigrafe poi dell'accettazione dell'eredità lo stesso progetto ha l'art. 966, corrispondente all'art. 984 Cod. sardo. In questo progetto è notevole la soppressione della disposizione riguardante la rinunzia all'eredità fatta dal padre, contenuta nell'art. 822 dell'anteriore progetto. Il Pisanelli nel suo progetto nell'art. 197 riproduce l'art. 252 del progetto Miglietti, ed accogliendo anche l'art. 966 dello stesso, ne muta però il posto collocandolo sotto il titolo della patria potestà (art. 199 progetto Pisanelli). Articoli e collocamento furono accettati dal progetto senatorio, e divennero così le disposizioni del Codice vigente (art. 224, 226). Il Codice italiano in conseguenza serba anch'esso il silenzio sulle rinuncie dell'eredità dei figli minori sottoposti alla patria potestà, ed in ciò si è tenuto al sistema del Codice sardo. Nei verbali della commissione di coordinamento non ho trovata alcuna notizia, che valga a farci conoscere il pensiero dei compilatori del Codice (1). Ma malgrado il silenzio del Codice, è da ritenere che se il padre ottenga l'autorizzazione del tribunale, faccia una rinuncia valida ed inoppugnabile. Innanzi tutto ciò segue dallo stesso art. 226 rettamente interpretato. Questo articolo prevede il caso che *il padre non possa o non voglia accettare*. Ora si dirà se il padre non vuole, egli ha diritto soltanto di rimanere nell'inazione, ma non può che accettare: se non accetta, in mancanza di istanze del figlio o di alcuno dei parenti, il procuratore del re è obbligato a fare istanza al tribunale, perchè nomini un curatore speciale, e sentito il padre, autorizzi l'accettazione. Ma innanzi tutto è da osservare che la legge dice *il tribunale potrà autorizzare l'accettazione;* quindi esso, sentito il padre, può persuadersi delle ragioni che inducono a non accettare, e persino delle ragioni della rinuncia: e si noti che il rifiuto dell'accettazione e la stessa rinuncia possono avere la causa non pure in ragioni economiche, ma anche in ragioni morali. Inoltre la legge dice che il tribunale potrà autorizzare l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale. Anche questo curatore ha facoltà quindi di valutare, se convenga o no procedere all'accettazione, e potrà anche egli persuadersi che il padre abbia ragione di non volere accettare, ed anche che convenga rinunciare all'eredità (2). Il tribunale si dovrà dunque limitare a rifiutare semplicemente l'autorizzazione? Se questo solo il tribunale potesse fare, si dovrebbe forse aspettare un lungo tempo prima che l'eredità avesse il suo definitivo successore. Ciò contraddice ai diritti dei creditori e dei successivi eredi che possono con l'art. 951 provocare la dichiarazione dell'erede, se intenda accettare o rinunziare (conf. sopra, n. 87, 88). L'art. 226 capoverso deve dunque porsi in accordo con l'art. 951, e non può quindi ritenersi che il primo deroghi al secondo in questo caso, e che riconosciute le ragioni del rifiuto il tribunale possa solo negare l'autorizzazione ad accettare. Nè può ammettersi che il tribunale debba sempre accordare l'autorizzazione o ordinarla; ciò contraddice alla lettera della legge, che dice *potrà* e non *dovrà*, ed allo spirito della stessa, che ha disposto di sentire le ragioni del padre e quindi ha mostrato di prendere in considerazione tali ragioni, siano esse puramente economiche o anche morali (3). Ma se è evidente che il tribunale può rifiutare l'autorizzazione, e se è indiscutibile il dritto dei creditori e degli eredi successivi, che l'erede si dichiari se intenda accettare o rinunciare (art. 951), deve ammettersi che il tribunale nel giudizio, in cui si discuta dell'accettazione, autorizzi invece il padre ad una formale rinuncia. E se ciò è vero, deve anche ritenersi che il padre possa adire il tribunale, ed esponendo le sue ragioni, provocare da questo l'autorizzazione alla rinuncia (4). Tale argomento a me sembra decisivo; ma anche grave è l'argomento che si ritrae dall'art. 224, 1° alinea, ove è detto che il padre non può *alienare*, nè contrarre obbligazioni eccedenti i *limiti della semplice amministrazione*. La rinuncia all'eredità (ammesso l'acquisto *ipso iure* dell'eredità) è un atto di alienazione (5): e nel senso più gene-

(1) Trovo ricordato nel Galdi, Codice civile del Regno d'Italia col confronto del Codice francese e dei Codici italiani preesistenti e dei progetti Pisanelli e senatorio (Napoli, 1865), sotto l'art. 226, che il Miraglia proponesse una esplicita dichiarazione che il padre non potesse rinunciare all'eredità senza l'autorizzazione del tribunale. Ma di ciò non si ha traccia nei verbali della Commissione di coordinamento. Questa discusse l'art. 224 del Codice vigente nella seduta del 29 aprile 1865 (verbale n. 14), ed il Niutta propose una variazione che fu accettata, cioè che si cambiasse nella espressione *figli nati o nascituri* la congiuntiva o nella disgiuntiva *e*, e la proposta fu accettata. È da pensare che nella stessa seduta dovesse leggersi l'art. 226 (art. 240 del progetto senatorio).

(2) Anche Bianchi Fr. opina che l'ufficio del curatore non si limita soltanto alla rappresentanza, ma deve innanzi tutto esaminare se convenga o no procedere all'accettazione. Bianchi Fr., *Corso di Codice civile ital.*, vol. IV, n. 183. Parma, 1874. Conf. nota seguente.

(3) Che sia obbligatoria l'accettazione è insostenibile. I minori sottoposti alla patria potestà sarebbero *eredi necessarii* nel senso del diritto romano. A ragione la Corte di appello di Genova 22 febbraio 1889, dice che nel sistema della legislazione moderna non vi sono più eredi necessari nel senso del diritto romano (*Foro it.*, I, *Rep.*, v. *Successione*, n. 91).

(4) Un argomento analogo può anche trarsi dall'art. 962. Conf. sopra n. 68. Se il creditore intenta la sua azione contro il padre, che non è nel possesso reale dei beni dell'eredità devoluta al figlio minore, deve trovare applicazione la norma dell'art. 962, cioè che l'autorità giudiziaria fissi il giorno dal quale debbano cominciare i termini per fare l'inventario e per deliberare sull'accettazione o sulla rinuncia dell'eredità (art. 961). Si deve dunque riconoscere nel padre, che delibera, la facoltà di rinunciare, sebbene subordinata all'autorizzazione del tribunale. Altrimenti, come si è notato, i figli sottoposti a patria potestà sarebbero eredi necessarii. E ciò contraddice, come si è visto, all'art. 226. Vedi sopra nota 3.

(5) Conf. sopra n. 44-47, 94. Nel diritto romano la parola alienazione ha vari significati. Il significato più generale si ha nella L. 8, *De verb. sig.* (50, 16); ma anche in questa legge la rinuncia all'eredità non si comprende nell'alienazione. L'allargamento del concetto dell'alienazione anche alla rinuncia dell'eredità si rivela nello sviluppo storico delle applicazioni dell'azione pauliana. Conf. più innanzi n. 113.

rale anche ammesso (secondo la contraria dottrina) che la proprietà dell'eredità si acquisti mediante adizione, secondo il diritto moderno, la rinuncia dell'eredità, implicando rinuncia del diritto di accettare, è un atto di alienazione (1) e sorpassa evidentemente i limiti di un atto di amministrazione (2). E ciò spiega come e il progetto Miglietti ed il progetto Pisanelli non riproducessero l'espressa disposizione del progetto del 1861, già riferita, cioè che *il padre non potrà ripudiare l'eredità senza l'autorizzazione del tribunale;* poichè i compilatori non credettero necessario formulare una disposizione speciale implicitamente contenuta nell'art. 224. Tale interpretazione è anche confortata dalla tradizione, poichè trovasi sostenuta dal Pastore sotto l'impero del Codice sardo (3), le cui disposizioni, come già si è notato, sono essenzialmente riprodotte nel Codice vigente. Essa inoltre è la dottrina comunemente accettata dagli scrittori italiani (4), ed ha anche il suffragio della giurisprudenza (5). Infine è anche da notare che il tutore può ripudiare eredità dietro autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296); non può quindi pensarsi che la rinuncia sia assolutamente proibita al padre. Padre e tutore debbono avere almeno la stessa facoltà, se non che non esistendo consiglio di famiglia accanto a chi esercita la patria potestà, subentra per la rinuncia dell'eredità l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art. 244) (6). Nel caso che la madre eserciti la patria potestà, la regola non cangia (art. 281) (7).

Ciò premesso e ritenuto che la formalità dell'autorizzazione del tribunale per la rinuncia all'eredità deferita ai minori da parte del padre risulta dagli art. 224 e 226, la rinuncia dello stesso in seguito ad autorizzazione del tribunale acquista efficacia incondizionata, e valgono le regole del diritto comune per la irrevocabilità della rinuncia, come se essa fosse stata compiuta da un maggiore di età (art. 1304). Se invece il padre procede a rinuncia senza l'autorizzazione del tribunale, l'atto può essere oppugnato dal padre, dal figlio e dai suoi eredi od aventi causa (art. 227). L'atto adunque è annullabile e non inesistente o nullo, secondo il concetto già dato (conf. sopra n. 72), e trova anche applicazione la disposizione generale contenuta nell'art. 1308 n. 3, secondo la quale l'azione di nullità (per l'annullamento) è ammessa: " allorchè non sono osservate le formalità stabilite per alcuni atti con disposizioni speciali di legge ".

**101.** Si è di sopra notato che la donna maritata non ha bisogno di autorizzazione maritale per accettare eredità (conf. sop. § 7, n. 49). Ma ne avrà bisogno per la rinuncia? Si sostiene la negativa da un lato (8), poichè la rinunzia non è atto di alienazione, ma semplice astensione dell'acquisto (9), quindi l'autorizzazione non è necessaria, quand'anche l'eredità contenesse beni immobili. Dall'altro lato si sostiene l'affermativa, quando l'eredità contenga beni immobili o crediti, argomentando dall'art. 134 (10). L'opinione prevalente è la prima. Anche accettandola, io non posso, a causa della mia teoria sull'acquisto *ipso iure* della proprietà, riconoscere come vera la ragione, che di sopra si è ricordata, cioè che la rinunzia non è atto di alienazione, ma semplice astensione dell'acquisto. E piuttosto io direi che non è semplice astensione dell'acquisto, ma non è nemmeno atto di alienazione di immobili, nel senso usato da questa parola nell'art. 134, e quindi non è uno di quegli atti di alienazione che sono dallo stesso articolo vietati alla donna. E se i casi dell'art. 134 sono tassativi, la rinuncia dell'eredità, come la accettazione, non è in essa compresa (11). Tuttavia io non escluderei la ricerca caso per caso, se la rinuncia in fondo non contenga

(1) Il dritto di accettare è considerato come un dritto quesito anche da legislazioni che accettano il sistema dell'adizione. Così si spiega come anche in esse si trasmette ai successori. Conf. sopra n. 38 in fine. Quanto al nostro dritto conf. pure art. 949, e più innanzi n. 127 e seg.

(2) Si è visto come nel diritto francese si sostenga pure che il padre possa validamente rinunciare con l'autorizzazione del tribunale. Ma nel Codice francese non vi ha l'art. 224; se vi fosse non credo vi sarebbe alcun dubbio per accettare tale opinione.

(3) Il Pastore argomenta dall'art. 232, analogo all'art. 224 Codice italiano. Pastore, *Comm. al Codice sardo*, IX, p. 189. Ma sotto l'impero del nostro Codice l'argomento è più forte, poichè nell'art. 224 è vietato al padre di contrarre obbligazioni *eccedenti i limiti della semplice amministrazione*.

(4) Bianchi Fr., *Corso di Codice civile*, IV, n. 222; Losana, *Disposizioni comuni*, ecc., n. 155, 156; Piras A., *Del diritto dei genitori di rappresentare i figli*. Sassari, 1877; Lomonaco, *Nozioni elementari di diritto civile*, n. 97. Napoli, 1888. Tale era anche l'opinione del Testa, illustre professore dell'Università di Napoli. Il Testa nelle sue lezioni osservava che la rinuncia all'eredità può essere utile ai figli, non ostante la prescrizione dell'accettazione col beneficio dell'inventario, perchè essa lo libera dall'impaccio dei creditori in caso di eredità oberata.

(5) Cass. Napoli, 27 agosto 1881 (*Foro it.*, 1881, I, 911); Cass. Roma, 27 aprile 1893 (*Foro it.*, 1893, I, 880); Appello Genova, 22 febbraio 1889 (citata sopra, p. 440, n. 3).

(6) Cass. Roma, 27 aprile 1893 (citata in precedente nota).

(7) Vedi le decisioni della Cassazione di Napoli e di Roma, citate in no. 5. — Nel caso che il consiglio di famiglia non conservi l'amministrazione alla madre, che si rimariti, e che nomini un curatore, a chi spetterà di accettare o rifiutare la eredità deferita al figlio? A questa questione possono darsi tre soluzioni. O si ritiene che malgrado la perdita dell'amministrazione dei beni, la madre, in virtù della patria podestà e della generale rappresentanza dei figli, conservi il dritto di accettare, e di rinunziare dietro autorizzazione del tribunale. O si ritiene che la madre, perdendo il diritto di amministrazione, perda la facoltà di accettare e di rinunciare, e che questo dritto passi col dritto di amministrazione al curatore. O infine tale ipotesi si fa rientrare nell'art. 226, come un caso, in cui la madre non *possa* accettare, ed allora si dovrà provocare la nomina di un curatore speciale a norma dell'art. 226 capoverso. Per la prima soluzione potrebbe addursi la ragione che l'accettazione dell'eredità e la rinuncia implicano ragioni morali, che la madre può meglio di ogni altro valutare. Per la seconda soluzione può dirsi che oltre alle ragioni morali sono pure importanti le ragioni economiche, le quali non possono essere valutate che da chi è stato prescelto a presiedere all'amministrazione. A me sembra che l'ultima soluzione soddisfi ad amendue le esigenze, poichè il tribunale dovrà in ogni caso sentire la madre.

(8) Pacifici, *Succ.*, V, p. 20; Borsari, *Com.*, III, § 2066, in fine; Gianturco, *Ist.*, p. 220.

(9) Pacifici, l. c.

(10) Bellavite, *Note*, p. 337.

(11) Quanto alla giurisprudenza vedi Appello Catanzaro, 5 dicembre 1887 (*Foro it.*, *Rep.*, 1888, v. *Donna maritata*, n. 18); Tribunale di Pordenone, 15 giugno 1877 (*Foro it.*, *Rep.* 1880, voce *Successione*, n. 25).

un atto di liberalità verso determinate persone, poichè allora potrebbe rientrare nel divieto generale delle donazioni, contenuto nello stesso art. 134 (1). Del resto qui si possono ripetere le osservazioni critiche già fatte trattandosi dell'accettazione, poichè il sistema della nostra legislazione sarebbe stato più completo; se tra gli atti sottoposti alla autorizzazione maritale si fossero annoverati l'accettazione e la rinuncia dell'eredità (Confr. sopra § 7, n. 49).

**102.** Dell'autorizzazione del Governo ad accettare eredità da parte dei corpi morali già si è discorso (conf. sop. n. 49 *d*, testo e nota, e n. 77); ora è a parlare della rinuncia. In generale, come principio, è da ammettersi che chi non è capace di accettare eredità non può nemmeno rinunciare. Quindi un corpo morale, come non è capace di accettare senza autorizzazione, non è capace nemmeno di rinunciare (arg. art. 932). A conferma di un tale principio potrebbe anche invocarsi l'art. 2 del decreto 26 giugno 1864, che impone l'obbligo ai rappresentanti dello stabilimento di domandare l'autorizzazione. Ma questo principio così generale si modifica secondo la natura dei corpi morali. Già si è visto come l'autorizzazione agli acquisti dei Corpi morali si fonda sul concetto della garentia degli interessi sociali generali, ma oltre ad essa lo Stato ha anche un'alta funzione di tutela sui Corpi morali per garantia dei loro interessi. Ora quando non è nella legge stabilita una forma speciale di tutela per la garantia dell'interesse del corpo morale, può riconoscersi che l'autorizzazione a rinunziare l'eredità sia necessaria da parte dello Stato (2). Ma può non esserlo, quando una speciale forma di tutela è stabilita nella legge (3), o quando al corpo morale sia riconosciuta una larga autonomia, per la quale è lasciato all'apprezzamento dei suoi organi la garentia di un'ampia sfera di interessi, e tra questi il giudizio della convenienza della rinuncia. Qui pel principio dell'autonomia non v'ha tutela diretta dello Stato per l'interesse del corpo morale (4). E se lo Stato anche in questo caso mantiene la necessità dell'autorizzazione dell'accettazione, ciò è la conseguenza, come si è visto, non della tutela dell'interesse del corpo morale, ma dell'interesse generale della società civile.

Ora si domanda se la mancanza di autorizzazione per rinunciare, quando è necessaria pel corpo morale, meni alla *nullità* o *inesistenza* dell'atto, ovvero all'*annullabilità*. Pel caso, nel quale lo Stato ha ordinata una forma speciale di tutela, come si è visto per gli istituti di beneficenza, pei quali è necessaria l'approvazione della Giunta amministrativa, a me pare che la mancanza di tale approvazione renda l'atto annullabile, ma non produca l'assoluta nullità dello stesso. E ciò in conformità dell'effetto della mancata approvazione nel caso della accettazione (conf. sopra, pag. 428, nota 3). Se tal forma non è stabilita, e si riconosce che nell'ente manca la facoltà di accettare o rinunciare senza autorizzazione, l'autorizzazione, quantunque nel caso della rinuncia sia necessaria solo per la tutela dell'interesse dell'ente, deve essere considerata come una condizione per l'esistenza della volontà dell'ente, e quindi mancando, l'atto di rinuncia deve essere considerato come nullo, e non come puramente annullabile (conf. sop. n. 77).

Pei corpi morali è possibile il caso di rinuncia tacita che come già si è notato, deriva dall'art. 951? Pei corpi morali autonomi, che hanno facoltà di rinunciare, non parmi dubbia la soluzione affermativa. E tale sarebbe il caso dei comuni e delle provincie, ammessa l'opinione già espressa sulla loro capacità a rinunziare. È questo un atto di gestione del comune e della provincia, e l'autorità giudiziaria può imporre un termine al comune o alla provincia, perchè dichiari se intenda accettare o rinunziare all'eredità. Però questo termine è dato anche acciocchè il comune e la provincia inizino le pratiche opportune per ottenere l'autorizzazione ad accettare l'eredità. Se il comune o la provincia non inizia alcuna pratica per ottenere l'autorizzazione, scorsi i termini stabiliti dall'autorità giudiziaria, a norma dell'art. 951, l'eredità s'intende ripudiata. Ma se il comune o la provincia dimostrano che le pratiche opportune per ottenere l'autorizzazione si sono iniziate, non potendo il potere giudiziario prescrivere un termine alla esplicazione del potere del Governo nell'atto della autorizzazione, l'articolo 951 non può trovare applicazione. E non può trovarla nel caso che il corpo morale abbia bisogno di autorizzazione, sia per accettare, sia per rinunciare, se non pel solo effetto che l'autorità giudiziaria possa stabilire un termine, entro il quale il corpo morale debba iniziare le pratiche per l'autorizzazione. Che se il corpo morale resta ancora nell'inazione scorsi i termini, l'interessato dovrà ricorrere ai mezzi amministrativi; ma non credo che il corpo morale possa ritenersi come rinunziante, secondo la disposizione dell'art. 951.

**103.** Anche la rinunzia all'eredità deve essere fatta *puramente e semplicemente* (arg. art. 929). Una rinuncia fatta sotto condizione od a termine è nulla (5). Una rinuncia

(1) Conf. App. Genova, 11 giugno 1886 (*Foro it.*, *Rep.*, 1886, voce *Donna maritata*, n. 11, 12). Conf. per talune giuste considerazioni sull'istituto dell'autorizzazione maritale, Chironi, *Questioni di diritto*, n. 493, quantunque fatte per un caso del tutto estraneo alla materia delle successioni, cioè per la *remissione di debito*, che la Cass. di Torino, 12 luglio 1887, ha considerato come atto non vietato alla donna, ed il Chironi giustamente lo riconduce ad un atto di liberalità vietato.

(2) Così per gli enti ecclesiastici conservati, vescovati, parrocchie, capitoli, ecc.

(3) Tale è, a mio parere, il caso di rinuncia ad eredità da parte di *pubbliche istituzioni di beneficenza*, essendo per essa necessaria l'approvazione della Giunta provinciale amministrativa, a norma dell'art. 36, l. c. della legge 17 luglio 1890.

(4) Questo principio è applicabile ai Comuni ed alle Provincie. Secondo la vigente legge comunale e provinciale, testo unico, 10 febbraio 1889, il Consiglio comunale delibera sul rifiuto di lasciti o doni (art. 111, n. 3). Nell'art. 201, n. 2, rispetto ai Consigli provinciali, si parla solo di accettazioni di lasciti o doni, ma deve valere la stessa regola per la rinuncia. — Così nel diritto italiano dovrebbe valere lo stesso principio, che, secondo il Laurent, vige nel Belgio, dove, se un Comune rinuncia, non vi ha modo di costringerlo ad accettare. Diversamente in Francia, ove se un Consiglio municipale rinuncia, il Prefetto può costringere il Comune ad accettare l'eredità o il legato. Vedi Laurent, XII, n. 292. Conf. in generale Otto Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, p. 438, 439. Strassbürg, 1886.

(5) Per la condizione App. Catania, 12 dicembre 1879 (*Rep.*, *Foro it.*, 1880, v. *Successione*, n. 159). Conf. L. 2, 55, 75, 80 pr., § 1, *De adquir. vel omitt. her.*, 29, 2.

fatta *pro parte* è nulla; ma ove sia stata fatta un'accettazione *pro parte*, come di sopra ho notato, io penso che questa debba valere come accettazione per l'intero (conf. sopra num. 52). Se una rinuncia *pro parte* è fatta a favore di parte degli eredi, è considerata come accettazione. Se essa è fatta a titolo gratuito (art. 937), varrà come donazione, e se a titolo oneroso come vendita o cessione dei diritti ereditarii (art. 936). Ma nel primo caso per la sua validità sarà necessario l'atto pubblico (art. 1056), e nel secondo caso trattandosi di immobili sarà necessario l'atto scritto (pubblico o privato, art. 1314) (1). Se non si fosse osservata la forma propria della donazione, o della cessione o vendita di diritti ereditari contenente immobili, la rinuncia sarebbe nulla, ancorchè fatta nella forma dell'art. 944. Se invece la cessione a titolo oneroso riguardasse mobili, potrebbe essere sufficiente una convenzione verbale agli effetti dell'art. 937 (conf. sopra n. 96, 97) (2).

**104.** Anche gli effetti della rinuncia sono retroattivi (arg. art. 933). Chi rinunzia è considerato come se mai fosse stato chiamato all'eredità (articolo 945): quindi egli perde la qualità di erede acquistata con la delazione e l'apertura della successione, e si considera come se mai l'avesse avuta. Nel diritto romano, nel presupposto che il testamento rimanga efficace, chi rinuncia può chiedere i legati a lui stati fatti dal testatore (3). Nel diritto francese non si ha una testuale disposizione, che contenga una tale regola (4). Essa apparisce prima nel Codice parmense (art. 889), e poscia nel Codice sardo (art. 999) e nel Codice estense (art. 973) (5); ed è stata riprodotta nell'art. 945 del Codice italiano, comma 2: *La rinunzia però non lo esclude dal poter chiedere i legati a lui fatti*. Tale regola è la conseguenza del sistema del Codice, che nettamente distingue la qualità di erede da quella di legatario (articolo 760); e con la rinuncia all'eredità una persona si spoglia del carattere di erede, ma conserva la qualità di legatario.

**105.** La rinuncia è in regola irrevocabile come l'accettazione. V'ha tuttavia, sì nel diritto francese, come nel diritto italiano, un caso di revocabilità, cioè quando l'eredità rinunciata non sia stata accettata da altri eredi, e la facoltà di accettare non sia stata ancora prescritta (art. 950). Nel diritto romano un tal caso è sconosciuto (6). V'ha tuttavia una certa analogia col caso del *suus*, il quale prima siasi astenuto, e poi *se immiscuerit hereditati* (7). La regola deriva immediatamente dalla teoria di Domat e Lebrun (8), i quali fondavansi del resto su una falsa interpretazione del diritto romano che fu a ragione combattuta dal Pothier (9). Tuttavia essa fu accettata dai compilatori del Codice francese (10) e fu riprodotta da tutti i Codici italiani preesistenti (11) e dal vigente Codice civile. In generale la dottrina non è favorevole ad una tal deroga del principio della irrevocabilità della rinuncia. A prescindere dall'osservazione che essa è contraria ai principii del diritto romano (12), e che è fondata su un

(1) Pacifici, *Succ.*, V, p. 82, 83; Duranton, VI, n. 397; Laurent, IX, 326. In questo senso per le donazioni App. Napoli, 1° maggio 1874 (Pacifici, *Rep.*, v. *Eredità*, n. 1840): per gli atti traslativi in generale, Cass. Napoli, 20 febbraio 1869 (Pacifici, *Rep.*, voce *Eredità*, n. 1956).

(2) Per un confronto tra i principii del diritto romano e del diritto vigente bisogna tener conto della differenza tra questi due diritti, in quanto il nostro Codice stabilisce per la rinunzia una forma solenne (art. 944), e dà speciali regole riguardanti le forme degli atti (art. 1056, 1314). Vedi pel Diritto romano Mühlenbruch, Cont. di Glück, vol. 43, p. III. — Quanto ad altri Codici moderni, conf. sop., p. 415, nota 10.

(3) Pel caso dei *sui*, che si sono astenuti, L. 87, D. *De leg.*, 30. Papinianus *Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque relinquit. Durissima sententia est existimantium denegandum ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate: non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditatis implicari*. Conf. L. 17, § 2, eod. — Nel caso di un *heres extraneus* L. 89, D. lib. e tit. citati. Julianus *Nam nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur. Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent*. Conf. L. 18, eod., L. 12, C. *de leg.* 6, 37. L. 4, § 11. *De doli mali et met. exc.* 44, 4. — Qui, del resto, non è il luogo di raffrontare questa regola con le speciali regole del diritto romano. Conf. Windscheid, III, § 639, 5, § 641.

(4) Nel diritto francese è mestieri, pel caso di rinuncia alle successioni di chi è anche legatario particolare, tener conto del sistema di quel diritto. Pei fini del diritto vigente una ricerca, complicata a parecchie questioni speciali del Codice francese, non è necessaria, e la trascuro. Conf. intanto Zachariae, IV, § 613 in fine.

(5) Conf. pel Codice sardo Pastore, *Com.*, IX, p. 191. Nel Codice prussiano vi ha la stessa regola P. L. R., I, 9, § 403. Conf. Dernburg, *Pre. Privatrecht*, III, § 220.

(6) L'irrevocabilità della rinuncia si ha nel diritto romano espressamente in parecchi testi: vedi L. 4, C. *De rep. vel abst. her.*, 6, 31; L. 13, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2; L. 7, C. *De dolo malo*, 2, 21.

(7) Conf. Windscheid, § 595, testo e nota 15; Mühlenbruch, Cont. di Glück, vol. 42, p. 385, 386, vol. 49, p. 116; Caporali, *Della facoltà accordata all'erede di revocare la sua rinunzia*, p. 8. Siena, 1885. (Estratto dai fascicoli 3-4, vol. II, *Studi Senesi*).

(8) Domat, *Lois civiles*, *Successions*, liv. I, tit. III, sect. 4, n. 4; Lebrun, liv. III, chap. VIII, sect. 2, n. 60, 61, 63. Conf. Caporali scritto citato, p. 24 e seg., Hureaux, *Succ.*, II, p. 30.

(9) Il testo invocato dal Domat è la L. 7, C. *De dolo malo*, 2, 21. *Si maior quinque et viginti annis hereditatem patris tui repudiasti*, nulla tibi facultas eius adeundae relinquitur. Non si intende davvero come il Domat abbia potuto argomentare da questa legge. — Il Lebrun invece invoca la L. 12, pr. D. *de inter.*, 11, 1: *Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit se heredem esse, tenebitur: nam ita respondendo pro herede gessisse videtur*. — Ma qui si parla del *suus heres*, e quindi la legge non è applicabile, come osservò già il Pothier, *Successions*, chap. III, sect. 3, art. 1, § 3.

(10) Non fecero su di essa alcuna osservazione i tribunali di appello ed il tribunale di cassazione, e solo espressero il desiderio che la revoca si dovesse fare in modo solenne. L'art. 790 Cod. francese non sollevò alcuna discussione nel tribunato e nel corpo legislativo. Locré, X, p. 112, n. 24.

(11) Art. 790 Cod. franc., art. 707 Cod. nap., art. 894 Cod. par., art. 1005 Cod. sardo, art. 978 Cod. estense. — Nel Regolamento romano del 1834 vengono richiamati nell'art. 1565, comma 1, i principii del diritto comune relativamente alla rinuncia ed all'astensione.

(12) Duranton, VI, § 505.

errore d'interpretazione (1), si è osservato che essa contraddice ai principii dello stesso diritto francese, poichè, mentre nell'art 785 Codice francese (conforme all'art. 945 Codice italiano) è detto che chi rinunzia all'eredità è considerato come se *mai* vi fosse stato chiamato, l'art. 790 invece contiene un *favore per certi riguardi eccezionale* (2). E si è aggiunto anche che tal regola contraddice ai principii che regolano la *sesina iuris*. Poichè, rinunciata la eredità, la *sesina iuris* passa ad un altro erede, e con ciò la proprietà ed il possesso; e non s'intende come la legge spogli questo della *sesina*, per trasferirla a chi non ha più alcun diritto. E conchiudesi, che l'art. 790 Codice francese (art. 950 Cod. ital.) debbe considerarsi come una *anomalia* (3). Dall'altro lato si è difesa la regola, fondandola su un principio di equità, e si è cercato di difenderla contro l'accusa di contraddizione ai principii accettati dal diritto francese, e passati nel Codice italiano (4). In materia di diritto positivo basta la giustificazione di una regola per un motivo di utilità sociale, poste altre regole positive, che si hanno nel Codice. E tal motivo d'utilità sociale si ha in quanto la legge guarda favorevolmente una pronta accettazione: quando gli eredi chiamati in seguito a rinuncia di un primo erede trascurano di accettare, la condizione giuridica del patrimonio ereditario rimane ancora incerta (5). E se il primo rinunciante crede più tardi di accettare, lo favorisce. Questa disposizione, in conseguenza, è in accordo con la facoltà di accettare, che il Codice lega al termine lunghissimo d'un trentennio. Se tal termine si abbreviasse (e ciò sarebbe desiderabile, conf. sopra, n. 86), l'art. 850 potrebbe essere soppresso. E ciò posto, tra i due principii proposti per accordare la regola dell'art. 950 con quella dell'art. 925 (la *sesina iuris*), cioè di considerare la perdita della *sesina* da parte del rinunciante, come sottoposta ad una *condizione sospensiva*, cioè che l'erede chiamato successivamente accetti, o che sia prescritta la facoltà di accettare (6); ovvero di considerare l'acquisto della *sesina* da parte del successivo chiamato, come subordinata ad una *condizione risolutiva*, cioè che il rinunciante di nuovo accetti, prima che altri accetti, o che la facoltà di accettare sia per lui prescritta (7), prescelgo quest'ultimo. Esso meglio si accorda coi principii e con la natura dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità (art. 925), e con la retroattività della rinuncia (art. 945).

**106.** Due sono le condizioni per l'esercizio del diritto di revoca da parte di chi abbia prima rinunciato: 1°) Che l'eredità non sia stata ancora da altri accettata; 2°) Che la facoltà di accettare non sia prescritta contro di lui.

Quanto alla prima condizione, nel sistema del nostro diritto la revoca è esclusa, se qualsiasi erede testamentario o legittimo abbia accettato. Così, nel caso di una successione testamentaria, se il primo istituito rinuncia, ed il sostituito accetta, il primo non può più ritrattare la sua rinuncia. Simigliantemente se, rinunciando l'erede testamentario, accetta l'erede legittimo (8). Nella successione legittima, la revoca della rinuncia dell'erede di primo grado è esclusa dall'accettazione dell'erede successivo. E nessuna questione può sorgere nè pel caso del figlio naturale, nè per quello del coniuge superstite (9). E quantunque, malgrado la soppressione nel nostro Codice della denominazione di *successori irregolari*, qualche cosa di anomalo, come si vedrà in seguito, v'ha nella successione dello Stato; pure questi, accettando l'eredità, come un erede chiamato nell'ultima classe (art. 721, 758), esclude la revoca della rinunzia ai sensi dell'art. 950 (10). Ma (secondo l'opinione già da me espressa sulla nullità della accettazione, prima che sia avvenuta la delazione della eredità) l'accettazione di un successivo erede, prima che il primo chiamato rinunci, essendo nulla, non toglie il diritto di revoca (conf. sopra, n. 54). Il diritto di revoca è escluso eziandio se a favore di uno dei coeredi, che abbia accettato, siasi verificato il *diritto di accrescimento*, sia nella successione *ab intestato* (art. 945), sia nella successione testamentaria (art. 879, 880, 882). Se uno dei coeredi congiunti ha accettato, la rinuncia di un altro coerede ha per effetto *ipso iure* l'accrescimento della quota del rinunciante all'accettante. Non vi ha quindi bisogno di nuova accettazione: l'accettazione è indivisibile, ed ha per obbietto l'*universum ius defuncti*. Se più sono i coeredi rinunzianti, pei quali vi sarebbe luogo a diritto di accrescimento, e tutti rinunciano, e più tardi nelle condizioni dell'art. 950, l'uno di essi revoca la rinuncia, vi è controversia se per tal revoca e conseguente accettazione sia tolto agli altri rinuncianti il diritto di revoca. Si sostiene la negativa argomentando dalla lettera della legge, poichè nell'art. 950 gli *altri eredi* sono in contrapposto degli *eredi rinunzianti*: revocata, da parte di uno degli eredi, la rinunzia, il diritto di accettare rivive per tutti i coeredi (11). Dall'altro si sostiene che quando uno dei

(1) Villequez, *De la faculté accordée à l'héritier de revenir sur sa renonciation (Revue histor. de droit français*, ann. VIII, n. 5).

(2) Demolombe, *Succ.*, lib. III, tit. I, ch. V, n. 45.

(3) Laurent, IX, p. 517. Conf. Hureaux, *Succ.*, II, p. 32.

(4) Caporali, *La revoca*, ecc., p. 21, 22, 29, 30, con gli autori da lui citati. Il Pacifici giustifica la regola con la considerazione, che non vi ha alcun legittimo impedimento di accettare dopo la rinuncia, poichè esso non potrebbe venire che da diritto quesito altrui. Pacifici, *Succ.*, V, p. 144. Ma in verità questa ragione non è soddisfacente; e tanto più secondo il sistema da me accettato nella interpretazione dell'art. 925. Conf. Borsari, III, I, *Com.*, p. 1028.

(5) Chironi, *Ist.*, II, p 366, assegna alla revoca la ragione di impedire la vacanza della eredità, e ciò sia per l'interesse dei terzi, sia perchè ciò meglio corrisponde (nella successione testamentaria) alla stessa volontà del defunto. Conf. Demolombe, *Success.*, L. III, tit. I, chap. V, n. 52.

(6) Caporali, *Della revoca*, ecc., p. 29.

(7) Hureaux, *Succ.*, II, p. 33.

(8) Anche nel diritto francese ritiensi che nell'articolo 791 la parola *erede* è presa *sensu lato*, e comprende qualsiasi successore *per universitatem*. Vedi Hureaux, *Succ.*, n. 41, Aubry e Rau, VI, § 613, n. 17.

(9) Conf. Zachariae, IV, § 613, testo e nota 18, Aubry e Rau, VI, § 613, testo e nota 18, ecc. pel diritto francese.

(10) La maggioranza degli scrittori francesi, anche col diverso sistema del Codice francese, segue l'opinione espressa nel testo. Duranton, VI, 507, sostiene il contrario. Vedi per l'opinione dominante Zachariae, Aubry e Rau, l. c.; Maleville, all'art. 790; Toullier, IV, 347; Marcadé, art. 790; Demolombe XV, 60; Laurent, IX, 451; Hureaux, II, p. 41. — Quanto al diritto italiano, vedi Pacifici, *Succ.*, V, p. 145.

(11) Laurent, IX, 452; Pacifici, *Succ.*, V, p. 146; Borsari, *Com.*, III, all'art. 950.

coeredi ha revocata la rinunzia ed ha accettato, nella accettazione è inerente il diritto di accrescimento, e quindi è resa inapplicabile la disposizione dell'art. 950 (1). E tale a me pare la vera opinione. Essa è più conforme ai principii che regolano l'accettazione ed il diritto di accrescimento. Nè vi'ha alcun nesso tra la rinuncia dei vari coeredi, pel quale, revocata la rinuncia da uno di essi, debba intendersi revocata anche dagli altri. Se col fatto della revoca di uno dei coeredi la rinuncia s'intendesse revocata per parte di tutti gli altri coeredi rinunzianti, questi, a confermare la loro rinuncia, avrebbero bisogno di una nuova rinuncia formale, a norma dell'art. 944; ed all'erede, che ha rivocata la rinuncia, accettando, non rimarrebbe che l'art. 951, per costringere i suoi coeredi a dichiararsi, se pure non voglia aspettare che si compia il trentennio stabilito per l'accettazione. Ma tutte queste complicazioni contraddicono al principio, che informa la disposizione dell'art. 950, cioè che cessi al più presto la incertezza sulla pertinenza del patrimonio ereditario (2).

Quanto alla seconda condizione, cioè che la facoltà di accettare non sia prescritta contro gli eredi che abbiano rinunziato all'eredità, appena occorre rammentare che la facoltà di accettare si prescrive con un trentennio dall'epoca dell'apertura della successione (art. 943). Se tra i coeredi sianvi minori o interdetti, pei quali la prescrizione sia rimasta sospesa (art. 2120), la sospensione loro gioverà anche per la revoca (3).

**107.** Il diritto di revoca può essere esercitato anche dai creditori del rinunciante, in virtù della surrogazione stabilita dall'art. 1234. Esso è trasmissibile anche agli eredi del rinunciante (art. 939).

La revoca si compie con qualunque atto di accettazione; ed in conseguenza, sia con un atto d'accettazione espressa, sia con un atto di tacita accettazione. E può accettarsi o puramente e semplicemente, ovvero col benefizio dell'inventario (4).

**108.** La revoca non pregiudica ai diritti quesiti dei terzi. Restano quindi validi gli atti compiuti col curatore dell'eredità giacente, e debbono rispettarsi i diritti acquistati mercè la prescrizione. E quantunque l'art. 950 indichi solo questi casi, ogni dritto quesito dei terzi rimane integro di fronte alla revoca. Così i debitori possono opporre la prescrizione estintiva. Così l'erede rinunziante, che in seguito accetti, non è più ammesso a domandare la riduzione delle donazioni e dei legati che ledano la sua legittima (5).

### § 14. — *Continuazione.*
### *Revoca della rinunzia in pregiudizio delle ragioni del creditore.*

109. È un secondo caso di revoca. — 110. Non era ammesso nel diritto romano. — 111. Opinioni diverse sulla sua natura. — 112. Nozioni storiche. — 113. Se per la revoca sia necessaria la frode da parte del rinunziante. Osservazioni varie degli scrittori francesi. — 114. Diritto italiano. Si sostiene l'affermativa. — 115. Concetto della frode. — 116. Pregiudizio. — 117. Autorizzazione giudiziale. — 118. Quali creditori possano intentare l'azione revocatoria. — 119. Creditori ipotecarii. — 120. Questione in rapporto al diritto dei terzi. — 121. Effetti della revoca.

**109.** Un'altra causa di revoca della rinuncia si ha nell'interesse dei creditori, quando per effetto della rinuncia del loro debitore essi vengono a soffrire un pregiudizio nei loro diritti (art. 949).

**110.** Nel diritto romano la revoca non era ammessa. Non era ammessa pel caso di rinuncia alla successione l'a° *pauliana.* In generale questa era applicabile agli atti tendenti ad una diminuzione del patrimonio, non agli atti di acquisto (6). Non è qui il luogo di approfondire le

(1) Duranton, VII, § 507, n. 2,

(2) Quanto ad altre questioni, riguardanti specialmente il diritto francese, vedi Hureaux, II, p. 43 e seg.

(3) Pacifici, *Succ.* V, p. 147. — Nel diritto francese è un punto controverso se un minore, che ha revocata la rinuncia, possa avvalersi della sospensione della prescrizione contro il possessore di un immobile, il quale avrebbe compiuta la prescrizione durante il tempo della eredità giacente. Nel senso affermativo vedi Hureaux, *Succ.*, II. Contro Duranton, III, 579, XXI, 322; Arntz, I, p. 438; Demolombe, I, 701, III, 68, 69; Marcadé, art. 790. Nel diritto francese si raffronta la prescrizione dell'art. 790 con l'art. 462 del Codice, che dispone: « Nel caso, in cui l'eredità, ripudiata a nome del minore, non fosse stata accettata da altri, saranno riammessi ad accettarla, tanto il tutore, a ciò autorizzato da una nuova deliberazione del consiglio di famiglia, quanto il minore divenuto maggiore, nello stato però in cui si troverà al tempo dell'accettazione, e senza che si possano impugnare le vendite e gli altri atti, che si fossero legalmente fatti nel tempo, in cui era vacante ». Questo articolo fu letteralmente riprodotto nel Codice napoletano (art. 365), e nel Codice sardo (art. 339). Il Codice parmense, nell'art. 255, 2° comma, modificò la disposizione dell'art. 462 Cod. franc., nei seguenti termini: « Se il tutore, dopo avere ripudiata una eredità, crederà di doverla accettare a termini dell'art. 894, nol potrà senza una nuova ordinazione *del giudice* ». Il Codice italiano sopprime ogni disposizione speciale riguardo alla revoca dell'eredità da parte del minore, ed in conseguenza essa deve essere regolata dalla regola contenuta nell'art. 950. Sotto l'impero del Codice italiano debbono quindi essere eliminati gli argomenti, che pro o contro portano gli scrittori francesi, desumendoli dall'art. 462 del loro Codice. Resta quindi in favore dell'opinione, sostenuta dal Duranton, Demolombe, ecc., la ragione che la prescrizione si compie non contro il minore, ma contro l'eredità giacente, ed è espressamente stabilito che la revoca non porti *pregiudizio alle ragioni acquistate dai terzi sopra i beni dell'eredità in forza della prescrizione* (art. 790 C. fran., art. 950 Cod. ital.). E tale opinione è da seguire anche sotto l'impero del Codice vigente. Ciò che può rimanere sospeso in forza dell'art. 2120 è soltanto la prescrizione del diritto d'accettare; ma non la prescrizione acquisitiva del terzo. Il minore, revocando la rinunzia ed accettando, prende l'eredità nello stato, nel quale si trova.

(4) Aubry e Rau, VI, § 613; Pacifici, *Succ.*, V, p. 149. Quanto alla sottrazione di effetti ereditari dopo la rinuncia, vedi sopra n. 66.

(5) Demolombe XV, 71; Laurent, IX, 456; Aubry e Rau, § 613, testo e nota 26; Pacifici, *Succ.*, V, p. 150, 151. — Quanto a questioni speciali nel diritto francese, conf. Hureaux, *Succ.*, II, p. 43 e seg., 49 e seg.

(6) Ciò è chiaramente espresso nelle fonti. L. 6, *Quae in fraud. cred.*, 42, 8. Ulpianus *Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad* deminuentes patrimonium suum, *non ad eos,* qui id agunt, ne locupleterentur..... § 2. *Proinde et qui repudiant hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat:* noluit enim adquirere, non suum patrimonium deminuit... § 4. *Sed et illum probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Iulianus*

differenze tra il diritto romano ed il diritto odierno in rapporto alla sfera più estesa di applicazione dell'azione revocatoria, che si ha in questo diritto. Ma è indispensabile il notare che vi ha una fondamentale controversia, dappoichè alcuni scrittori ritengono che il principio romano sia rimasto essenzialmente invariato nel diritto moderno, salvo alcune applicazioni, come pel caso di rinuncia alla successione, la quale pei principii dell'acquisto *ipso iure* deve considerarsi come atto di diminuzione del patrimonio: altri invece sostengono che esso non ha più valore (1). Questa fondamentale divergenza non è senza influenza nella interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 949.

**111.** Ed a proposito della revoca della rinuncia operata nell'interesse dei creditori, essa con due estreme opinioni si è o rannodata alla generale azione revocatoria (art. 1235), ovvero si è considerata come una disposizione speciale: o infine pur collegandola con la generale azione revocatoria nel fondamento, se ne è determinata la natura speciale (2). Ciò è importante per la risoluzione della controversia, vivamente discussa nel campo del diritto francese e del diritto italiano; se come condizione dell'esercizio del diritto di revoca da parte dei creditori, sia necessario oltre al *pregiudizio* (l'*eventus damni*), anche la frode (la *fraus*, il *consilium fraudandi*) secondo il preciso disposto dell'art. 1235. Poichè è chiaro che i fautori della prima dottrina argomentano dal carattere generale dell'azione revocatoria per conchiudere che l'articolo 949 è solo un caso dell'art. 1235, e che quindi nel *pregiudizio* indicato dalla legge è presupposto l'altro elemento, cioè la *frode*. Mentre i secondi trovano sufficiente la condizione espressa dalla legge (il *pregiudizio*) per l'esercizio del diritto di revoca da parte dei creditori. Infine la terza dottrina trova una ragione specifica della differenza nella natura stessa della disposizione dell'art. 949.

**112.** Credo opportuno qui dare un cenno dello sviluppo storico, mediante il quale si venne modificando il principio del diritto romano, che come si è visto non riconosceva revoca nelle rinuncie all'eredità ed ai legati. In Italia qualche statuto aveva già sanzionato che la rinuncia ad eredità o legati in pregiudizio dei creditori non potesse farsi dal debitore (3). Il principio incominciò a penetrare anche nella giurisprudenza sotto l'influenza delle teorie moraliste degli scrittori di diritto canonico (4) e fu accettato nel diritto piemontese dalle regie costituzioni (5). Ma in rapporto al diritto vigente, che ha derivato l'art. 949 dal Codice francese, più importante è il rammentare l'antica giurisprudenza francese dei parlamenti, dalla quale derivò l'art. 788 del Codice Napoleone. E sotto l'impero della stessa antica giurisprudenza si questionò, se per la revoca della rinuncia bastasse il solo pregiudizio, ovvero fosse necessaria anche la frode da parte del rinunciante. Che bastasse il solo pregiudizio si sostenne, tra gli altri,

---

*quoque scribit*. Conf. L. 69 *ad SC. Trebellianum*, 36, 1, L. 12. C. *De leg.*, 6, 37. — Una eccezione é fatta pel fisco: L. 45, pr. *De iure fisci*, 49, 14: *In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocumque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est et si non quaeratur*. Conf. Windscheid, *Pand.*, II, § 463; Voet *Ad Pand.*, 42, 8, n. 6. — In generale, pel diritto romano, conf., oltre agli autori citati, Maierini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, p. 64 e seg. Firenze. 1874; Brezzo, *La revoca degli atti fraudolenti*, p. 24. Torino, 1892. Per la letteratura, assai ricca, sull'*a. pauliana*, vedi Brezzo, o. c., p. 2.

(1) Seguono la prima opinione Marcadé, art. 788, III; Laurent, IX, p. 544; Mourlon, II, p. 528; Colmet de Santerre, V, n. 82 *bis*. — Quanto all'argomento dell'acquisto *ipso iure* per l'erede nel diritto francese, il Maierini ha opposto che anche il *suus heres*, nel diritto romano, acquista l'eredità *ipso iure*, ed acquista *ipso iure* il diritto al legato il legatario, e pure per tali acquisti non é ammessa l'*a. pauliana*. Vedi Maierini, o. c., p. 75. Ritengono invece essenzialmente innovato il principio del diritto romano Toullier, III, 369, 370; Duranton, X, n. 569 e seg.; Maierini, o. c., p. 76. Conf. Brezzo, *La revoca*, ecc., p. 174, 175. — Il Simoncelli dice: « Noi non crediamo che tali eccezioni abbiano mutata affatto la regola romana: rimangono eccezioni. È inutile cercare formule e ragioni recondite per inpiegarle. A me esse appaiono come segni manifesti di una maggiore delicatezza propria del sentimento giuridico moderno. Chi é obbligato deve far tutto quanto é in lui per adempiere ai suoi obblighi: la civiltà, la tutela del credito esigono, che questo principio di coscienza onesta e sensitiva non debba cadere se non per quegli atti che, quando fossero obbligati, importerebbero violazione della libertà, ovvero sostituzione della personalità del debitore o violazione di ragioni d'interesse pubblico e via dicendo ». Simoncelli, *Note critiche sull'azione rivocatoria*. (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. V, p. 383, 384). Ciò e assai ben detto. Io qui non ho agio di trattare più particolarmente la questione; ma in rapporto alla revoca della rinuncia all'eredità nel diritto francese ed italiano, mi limito solo ad osservare che veramente non credo che a tal regola sia estraneo il principio dell'acquisto dell'eredità *ipso iure*. Nè vale opporre col Maierini che tale principio si aveva anche nel diritto romano pel *suus* e pel legato; poichè, quanto al *suus*, il *beneficium abstinendi* lo poneva nella stessa condizione dell'*heres extraneus*, e quanto al legato l'acquisto *ipso iure* di esso non era considerato come facente parte del patrimonio del debitore. Il cambiato sistema nel diritto odierno, generalizzando l'acquisto *ipso iure* dell'eredità a tutti gli eredi, secondo l'opinione già da me sostenuta, fa considerare la rinuncia come una vera *deminutio patrimonii*.

(2) Chironi, *Questioni di diritto civile*, p. 387. Torino, 1890.

(3) *Stat. civ. reip. Genuensis*, lib. V, cap. XIX: *Debitor, cui delata sit aliqua hereditas, legatum vel donatio causa mortis, non possit in praeiudicium creditorum repudiare dictam hereditatem, legatum seu donationem, imo quoad ipsius creditores pro aditis et agnitis ab ipso debitore intelligantur, et habeantur cum cautela tamen et beneficio inventarii*. Conf. Brezzo, o. c., p. 33, 34.

(4) *Decis. Lucens. Florent. et Bononiens.*, dec. IV, n. 14. Venetiis, 1619. Vedi Brezzo, o. c., p. 48. Quanto all'influenza delle dottrine dei canonisti vedi lo stesso autore, p. 42 e segg.

(5) *Reg. Cost.*, lib. VI, tit. X, § 12. Il Richeri dopo aver esposto il principio del diritto romano sulla teoria, cioè che essa non si estendesse ai trascurati acquisti, e ricordata l'eccezione in favore del fisco, dice: *Ius favore fisci inductum Regiae sanctiones ad creditores omnes produxerunt, atque decreverunt ne debitores sive fiscales, sive privatorum, hereditatem legatum aut donationem repudiare possint in fraudem fisci, vel creditorum; ita ut repudiatio, vel renunciatio ipso iure nulla sit; atque tum fiscus, tum caeteri creditores, quod ipsis debitum est, consequi possint super hereditate, legato vel donatione, perinde ac si debitor eas agnovisset, cum pro agnitis habeantur*. Richeri, *Universa civilis et criminalis Iurisprudentia*, lib. IV, tit. VI, § 225 (Tom. III, p. 241. Venetiis, 1841).

da Domat e da Furgole (1); che fosse necessaria anche la frode fu l'opinione del Lebrun e del Pothier (2).

**113.** Il Codice francese enunciò la regola generale dell'azione revocatoria nell'art. 1167, parlando di atti fatti *in frode* dei creditori (3); ma nei casi di rinuncia contenuti negli art. 622, 788, 1053, parla solo di *pregiudizio* (4). È a notare che l'art. 788 del Codice francese corrisponde all'art. 93, lib. II, tit. I del progetto dell'anno VIII, il quale diceva: " I creditori di colui che rinuncia *in frode* ed in *pregiudizio* ecc. ". Il tribunale di cassazione, al quale fu sottomesso il progetto per l'esame, osservò: " che dovesse bastare che la rinuncia fosse *pregiudizievole* ai creditori ". Ora sotto l'impero del diritto francese si sono manifestate ben quattro opinioni diverse sulla interpretazione dell'art. 788.

a) La prima opinione ritiene che nell'art. 788 si contenga un caso di revocatoria sottoposto alle regole generali dell'articolo 1167. Non bisogna dar gran peso alla diversa redazione dell'art. 788. Nel Codice francese si è trasfusa la dottrina del Lebrun e del Pothier. I compilatori del Codice francese nella redazione dell'art. 788 come in quella degli art. 622 e 1053 han voluto far rimanere impregiudicata la questione delle condizioni della revocatoria. Solo quando si compilò l'art. 1167 essi si sono pronunciati definitivamente. E vi ha di più, quando più tardi si è venuto alla formazione degli art. 1447 e 1464, essi hanno richieste le due condizioni, del *consilium fraudis* e dell'*eventus damni*. Nella parola *pregiudizio* degli articoli 622, 788, 1053 non è escluso il pensiero di un *pregiudizio intenzionale o fraudolento* (5);

b) Una seconda opinione ritiene che in generale per la revoca degli atti è necessaria la frode del debitore; ma che basta solo il *pregiudizio* nei casi nei quali la legge accontentasi solo di questa condizione (6);

c) Una terza opinione afferma che la frode da parte del debitore è necessaria negli atti a titolo oneroso; ma in tutti gli atti a titolo gratuito basta il semplice pregiudizio. Gli art. 622, 788 e 1053 del Codice francese non avrebbero che un significato puramente enunciativo; e sarebbe ammesso l'argomento di analogia per specie simili (7);

d) Una quarta opinione sostiene che il pregiudizio basta per la revoca degli atti unilaterali a titolo gratuito; ma esige per le donazioni ordinarie la frode da parte del debitore (8).

**114.** Sotto l'impero del Codice italiano la terza delle opinioni su esposte non può più esser sostenuta di fronte all'espressa disposizione dell'art. 1235, 2° comma. Io non credo che possa essere sostenuta nemmeno l'ultima. Secondo il Codice francese v'hanno tre casi espressi, dai quali si argomenterebbe che per gli atti unilaterali a titolo gratuito avesse a bastare il solo pregiudizio. Nel nostro Codice da un lato non vi sarebbe che il solo art. 949 (poichè l'art. 622 del Codice francese è soppresso, ed è soppresso l'art. 1053); dall'altro vi è il capoverso dello art. 1235. Resta dunque a scegliere tra la prima e la seconda opinione, o cioè si ritiene che anche nella rinuncia dell'eredità sia necessaria la frode da parte del debitore, ovvero che sol per questo caso, eccezionalmente, basti il solo pregiudizio.

Senza dubbio le obiezioni fatte al primo sistema nel Codice francese, tratte dai lavori preparatorii, perdono assai d'importanza sotto l'impero del nostro Codice. Si è osservato che lo stesso tribunale di cassazione propose pure che nell'art. 1167 Codice francese si aggiungesse, che le rinunzie fatte dal debitore a titolo lucrativo dovessero sempre reputarsi viziate di frode. Con che si sarebbe posto pieno accordo tra l'articolo 788 ed il citato. Ma i compilatori del Codice francese non accettarono la proposta (9). Si è notato che i compilatori del Codice francese non ebbero una chiara idea della generale azione revocatoria o *pauliana* (10). Ora due modificazioni, che si hanno nel nostro Codice, confermano la teorica che nelle rinuncie all'eredità siano necessarie le due generali condizioni dell'azione revocatoria, cioè l'*eventus damni* ed il *consilium fraudandi*. In prima si ha soppressione dell'articolo 622 del Codice francese: tal soppressione riconduce la rinuncia dell'usufrutto alla regola generale dell'art. 1235; la seconda innovazione consiste nella soppressione nello stesso art. 1235 dell'ultimo comma del corrispondente art. 1167 del Codice francese, ove è fatto rimando al titolo delle *successioni* e del *matrimonio* (11). E tali osservazioni che già fanno inclinare verso l'accettazione della opinione, che il caso della rinuncia all'eredità non sia se non che un caso speciale dell'azione revocatoria (art. 1235; sono vieppiù avvalorate dalla considerazione della natura

---

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. X, sect. 1, VIII; Furgole, art. 42, *De l'ordinance de 1747 sur les substitutions*.

(2) Lebrun, *Success.*, liv. III, chap. VIII, sect. 2, n. 27; Pothier, *Traité de la communauté*, n. 535.

(3) Art. 1167 Cod. franc.: « Possono pure in lor proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni. — Debbono nondimeno, riguardo ai diritti enunciati nel titolo delle *successioni*, e nel titolo *del contratto di matrimonio e dei diritti degli sposi*, conformarsi alle regole che ivi sono prescritte ».

(4) Art. 622 Cod. franc.: « I creditori dell'usufruttuario possono far dichiarare nulla la rinuncia all'usufrutto, che questi avesse fatta a loro pregiudizio ». Art. 788: « I creditori di colui, che rinunzia ad una eredità in pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore. — In questo caso la rinunzia è annullata non in favore dell'erede, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori, e per la concorrente quantità dei loro crediti ». Art. 1053: « I diritti dei chiamati saranno aperti nell'epoca in cui, per qualsivoglia causa, il figlio, il fratello o la sorella gravata di restituzione cesseranno di possedere i beni. L'abbandono anticipato dei beni a favore dei chiamati non pregiudica i creditori del gravato anteriori all'abbandono ».

(5) Larombière, *Traité des obligations*, I, art. 1167, n. 14; Toullier, IV, n. 348; Demolombe, *Successions*, III, 79; Laurent, XVI, n. 445; Arntz, III, 91.

(6) Hureaux, *Succ.*, II, p. 58, 59; Capmas, *De la révocation des actes faits en fraude du droit du créancier*. Paris, 1847.

(7) Duranton, X, n. 564; Aubry e Rau, V, § 313, n. 14.

(8) Cass. franc., 30 luglio 1839, 2 gennaio 1843 (decisioni citate in Hureaux, l. c.). Conf. per l'esposizione di questi varii sistemi lo stesso Hureaux, II, p. 56-62.

(9) Maierini, *Della revoca*, ecc., p. 151; Pacifici, *Succ.*, V, p. 154

(10) Hureaux, *Succ.*, II, p. 56.

(11) Maierini, o. c., p. 152, 153; Giorgi, *Obb.*, II, p. 253, 254.

specifica della rinuncia alla eredità ed ai legati. Già la distinzione, posta a base della differenza, della rinuncia *in favorem* e di atti di donazione, che si sostiene da taluni scrittori, per giustificare una attenuazione delle condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria, non ha salda base razionale, poichè a buon diritto si è osservato che anzi, se si volessero attenuare le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria, il caso dovrebbe essere appunto quello di vere donazioni; poichè qui vi è alienazione di ciò che già è completamente parte acquisita del patrimonio, e nella rinuncia v'è solo l'astensione ad un acquisto, o meglio, secondo il sistema dell'acquisto *ipso iure*, un acquisto non pienamente convalidato (1). Ma secondo il sistema del nostro Codice, ammesso che la rinuncia all'usufrutto rientri nelle prescrizioni dell'art. 1235, non si saprebbe trovare una ragione specifica pel caso dello art. 949. Il Maierini opina che la questione è testualmente risoluta dal Codice nel secondo comma dell'art. 1235, in quanto la rinunzia all'eredità è un atto a titolo gratuito (2). Io non credo che la questione sia testualmente risoluta dal comma citato. Già di sopra ho avuto occasione di notare che la recisa categoria di atti a titolo oneroso ed a titolo gratuito non sempre tronca le difficoltà e le questioni, e che la differenza di questi atti si trae dal doppio criterio dell'*animus donandi* e della *lucrativa causa*, che non sempre coincidono nello stesso atto (3). In ogni modo in rapporto alla rinuncia all'eredità, posti nell'alternativa di classificarla tra l'acquisto a titolo oneroso e quello a titolo gratuito, da parte di colui che acquista in seguito alla rinuncia l'acquisto non è un atto a titolo oneroso, e può rappresentarsi rispetto al rinunciante come atto a titolo gratuito. E certo è lecito argomentare per analogia dal 2° comma dell'art. 1235.

Nel sistema del Codice italiano, così riducendo il caso dell'art. 949, ad un caso della generale azione pauliana e revocatoria, la teoria acquista una grande semplicità. E la semplicità non è l'ultimo dei pregi in una teoria di diritto positivo.

E ciò posto, è chiaro che debba rifiutarsi l'opinione che rannoda l'art. 949 all'azione surrogatoria (art. 1234) (4). I creditori dell'erede rinunciante non possono altrimenti esercitare il loro diritto, che facendo revocare la rinuncia (*annullare* secondo l'espressione del Codice). Solo in seguito alla revoca, essi possono accettare l'eredità in nome e luogo del debitore. L'azione surrogatoria dell'art. 1234 si ha nel caso dell'art. 950, quando l'erede rinunziante si trovi nel caso di revocare la rinunzia e non lo faccia; ma non nella ipotesi della revoca a norma dell'art. 949. Quantunque nel diritto odierno l'azione surrogatora e l'azione revocatoria abbiano un fondamento comune, la garentia dei diritti dei creditori, esse si differenziano per molteplici rispetti, nè è esatto scambiare l'una con l'altra nella speciale ipotesi dell'art. 949.

Ritenendo che anche nel caso di rinuncia all'eredità sia necessaria la frode *ex parte debitoris*, si evita anche il caso che una rinuncia, fatta in evidente buona fede dal debitore, possa essere revocata, perchè in pregiudizio dei creditori. Qualche scrittore opina che nel caso di rinuncia fatta in evidente buona fede, la revoca non debba essere ammessa, malgrado che ritenga che in generale per la revoca della rinuncia all'eredità basti il solo pregiudizio da parte del creditore (5). Ma ciò a me non pare conseguente. Se, come è vero, nell'accettazione come nel rifiuto di liberalità a causa di morte, possono valere motivi morali, se questi escludono qualsiasi frode da parte del debitore, è razionale che la revoca non sia ammessa (6).

**115.** Posto che anche per la revoca di rinunzie all'eredità o a legati sia necessaria la frode da parte del debitore, rientra nella teoria generale dell'azione revocatoria la ricerca in che la frode (*consilium fraudandi*) debba consistere. Qui vi è una essenziale divergenza: da un lato si sostiene che sia necessaria pel debitore *l'intensione di danneggiare* il creditore (7), dall'altra che basti la *sciensa di recar danno* allo stesso (8). In Italia, specialmente il Maierini, applicando una teorica del Carrara dice che: " il debitore agisce in frode dei creditori, quando *prevede* che l'atto, a cui intende procedere, recherà pregiudizio ai creditori, togliendo loro la possibilità di ottenere il completo soddisfacimento delle loro ragioni, e non ostante questa *previsione* si determina ad affettuare il suo disegno (9). In verità nè la *cosciensa di danneggiare*, nè la *previsione* costituisce veramente dolo o frode. Il dolo o la frode è una qualità del volere (del processo pratico), e non della semplice *cosciensa (processo teoretico)*. Si è stati spinti ad escludere l'*intensione dolosa*, considerando che se questa si fa consistere nella intenzione di danneggiare i creditori, essa resta esclusa nella massima parte dei casi, poichè il debitore non ha l'intenzione di pregiudicare i creditori, ma di fare il suo vantaggio (10). Se la *frode* o l'*intensione dolosa* consistesse nella determinazione di danneggiare i creditori, la obiezione sarebbe giusta. Ma ciò che costituisce il dolo o la frode è l'intenzione *di sottrarre dal diritto legittimo del creditore diritti quesiti e patrimoniali*. Ora se un debitore, nella coscienza che il suo atto rechi pregiudizio ai creditori, vi si determina, è in questo atto l'*intensione dolosa:* lo scopo subiettivo in regola, come quello di giovare a sè stesso, non toglie la qualità di *do-*

(1) Maierini, *Della revoca*, ecc., p. 150, 151; Pacifici, V, n. 154; Larombière, art. 1167, n. 14.

(2) Maierini, o. c., p. 152; Giorgi, *Obb.*, II, p. 353.

(3) Conf. sopra, § 10, n. 80.

(4) Borsari, *Com.*, III, art. 949, § 2051.

(5) Hureaux, *Succ.*, II, p. 65.

(6) Fra gli scrittori italiani, i quali propugnano la teoria sostenuta nel testo vedi Maierini, *Della revoca*, ecc., p. 147-154; Pacifici, *Succ.*, V, p. 152-155; Giorgi, *Obb.*, II, p. 353-355. In contrario Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, § 308, I, *Questioni di diritto civile*, p. 321-329. — L'ultima opinione sembra che tenda a prevalere nella giurisprudenza, Cass. Torino, 5 settembre 1876 (*Foro*, *Rep.*, 1887, v. *Successione*, n. 116-118); Cass. Torino, 26 ottobre 1886 (*Foro it.*, 1886, I, 1170); Cass. Napoli, 10 febbr. 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 736): le motivazioni, specialmente delle due ultime decisioni, non sembrano sufficienti ad invalidare l'opinione da me prescelta.

(7) Reinhart, *Die Anfectungsklage wegen Verkürzung der Glaübiger*, 1871, p. 105; Zachariae, II, § 313; Arntz, III, n. 89.

(8) Demolombe, II, n. 188; Giorgi, *Obb.*, II, n. 188; Chironi, *Ist.*, § 308, 2; Dernburg, *Pand.*, § 145, n. 5.

(9) Maierini, *Della revoca*, ecc.; p. 108, 109.

(10) Maierini, l. c.

*losa* all'azione (1). E la legge si ferma allo scopo immediato dell'azione *(pregiudizio dei creditori)*, rimanendo fuori della sua valutazione lo scopo subbiettivo ed interno dell'agente. Quando lo scopo immediato dell'azione non è il pregiudizio dei creditori, ma uno scopo, anche erroneo, come quello di credere fare atto di buona amministrazione, repudiando eredità oberate, ovvero anche *scopi morali*, v'è la buona fede, è escluso ogni dolo, e l'azione revocatoria dell'art. 949 non può essere ammessa (2).

**116.** Quanto alla condizione del *pregiudizio* per l'esercizio del diritto di revoca valgono le regole generali dell'azione revocatoria. È necessario che dalla rinuncia derivi un danno ai creditori (l'*eventus damni*): è necessario in altri termini il nesso causale tra la rinuncia alla successione ed il danno sofferto dai creditori.

**117.** Rivocata la rinunzia, i creditori debbono farsi autorizzare giudizialmente ad accettare l'eredità (art. 949). Non si è d'accordo nella spiegazione della necessità di tale autorizzazione giudiziale. Si è detto che questa è necessaria per esaminare se l'accettazione riesca vantaggiosa ai creditori (3). Ma si è a ragione osservato, che ciò è già implicito nel giudizio di rivocazione, ove deve dimostrarsi il pregiudizio dei creditori. Si è detto che la necessità dell'autorizzazione sorge dal perchè i creditori non possono impossessarsi di loro autorità dei beni dei loro creditori; ma si è osservato giustamente contro, che non si può dire che i creditori s'impossesserebbero di loro autorità dei beni, quando la legge li autorizza ad esercitare il diritto di revoca per la garentia dei loro diritti di credito (4). Si è infine detto che la revoca della rinuncia (secondo il linguaggio della legge l'*annullamento* di essa), non restituisce il diritto al rinunciante: la rinuncia per sua parte rimane irrevocabile, quindi i creditori non possono accettare in suo nome e luogo l'eredità, se non mercè una finzione, e che quindi è necessaria l'autorizzazione giudiziale (5). Io prescindo qui dalla critica che si è fatta all'art. 949; poichè si è detto che i creditori non possono accettare in *nome* e *luogo* del debitore, una eredità sulla quale egli ha perduto ogni diritto per avervi rinunciato (6). Nell'art. 949 si tratta d'una *revoca relativa*, cioè non nell'interesse del rinunziante, ma in quello dei creditori. Rispetto ai creditori la rinuncia è revocata (*annullata*), essi quindi procedono all'accettazione dell'eredità, come se non fosse stata rinunziata dal debitore. Cosa aggiunga l'autorizzazione giudiziale, confesso di non potere intendere. Forse la ragione della legge sta in ciò che si è voluto accompagnare l'esercizio del diritto del creditore con una solennità formale, quale è l'autorizzazione giudiziale. E questa può essere chiesta ed ottenuta nello stesso giudizio di rivocazione.

**118.** L'opinione dominante ritiene che soltanto i creditori del rinunziante anteriori alla rinuncia hanno il diritto di esercitare l'azione revocatoria e non i creditori susseguenti. Poichè solo per quelli la rinuncia porta un *pregiudizio;* d'altro canto i creditori posteriori sono messi in grado di conoscere la rinuncia compiuta nella forma dell'art. 944 (7). Il Brezzo però recentemente ha messo in dubbio la giustezza di questa soluzione (8). Ammessa l'opinione dominante sorge la controversia, se posto anche che il credito sia anteriore alla rinuncia, bisogni che esso abbia data certa, secondo le regole dell'art. 1327; e si riproduce qui la questione che in generale si fa per l'azione pauliana. Si sostiene da un lato l'affermativa, poichè se in seguito alla rinuncia altri ha acquistato il diritto, rispetto al creditore egli è un terzo ai sensi dell'art. 1327 (9). In contrario si dice che basta la prova da parte del creditore, che il debitore siasi reso insolvente con l'atto impugnato, e che ciò sia l'effetto della frode del debitore (10). V'ha infine chi distingue il caso del contraente in buona fede, e di quello in mala fede (11). I primi sono i terzi ai sensi

(1) Quando si compie un atto, sapendo che sono pregiudicati i creditori, e l'atto è voluto, vi è la frode, l'intenzione dolosa. Non vi è veramente pura presunzione di frode, ma vi è la manifestazione della frode nel compimento dell'atto. Tale è il concetto della L. 17, § 1, 8. *Quae in fraud.*, 42, 8: *Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona alienavit, intelligendus fraudandorum creditorum consilium habuisse.* Argomentando da questo testo parecchi scrittori parlano di presunzione di frode. Aubry e Rau, § 313; Pacifici, *Ist.*, IV, p. 207; Conf. Toullier, VI, 350. Il Simoncelli attribuisce anche a me questa opinione, tratto forse in inganno dagli appunti dei miei uditori. Vedi Simoncelli, *Note critiche sull'azione revocatoria* nella *Rivista italiana*, vol. V, p. 380. Ma in fondo, nelle mie lezioni io ho sempre sostenuta l'opinione espressa nel testo. Conf. gli appunti sulle mie lezioni intorno alle obbligazioni, redatti da Piola Caselli, Roma 1889-90, p. 412-444.

(2) Analoga alla dottrina da me esposta è quella del Brezzo, *Della revoca*, ecc., p. 114, 115. Si consulti quest'opera in generale in rapporto a tal questione anche per la letteratura, p. 112-115. Conf. Arntz, III, n. 91. — Quanto alle conseguenze inammissibili di una interpretazione strettamente letterale dell'art. 949, osserva con ragione il Demolombe: « Un erede ha rinunziato colla massima lealtà, perchè credeva essere questo il miglior partito da scegliersi per sè e per i suoi creditori; ad esempio, ha voluto esimersi da una collazione, temendo di ritrarre dall'eredità meno di ciò che avrebbe conferito; un testamento toglieva la maggior parte dell'attivo, o considerevoli debiti gravavano l'eredità; ovvero qualche rilevante giudizio la minacciava di totale rovina, e perciò rinuncia; ma gli altri eredi più arditi accettano, ed affrontano i rischi e la responsabilità di tale situazione, e mercè cure e diligenze raggiungono la meta: l'eredità diviene vantaggiosa. Ed appunto in siffatte circostanze i creditori del rinunciante potrebbero presentarsi *ad paratas epulas* a far rivocare la rinuncia! ». Vedi in Maierini, *Della revoca*, p. 153, 154.

(3) Chabot, art. 788, n. 2.

(4) Demolombe, XV, 81.

(5) Laurent, IX, 476; Maierini, *Della revoca*, p. 81; Pacifici, *Succ.*, V, p. 156.

(6) Maierini, o. c., p. 82.

(7) Hureaux, *Succ.*, II, n. 46; Arntz, II, 1434; Aubry e Rau, § 613; Toullier, IV, 349; Duranton, VI, 512; Chabot, art. 788, ecc. — Questi autori applicano i principii da essi sostenuti in rapporto alla generale azione revocatoria. Conf. Maierini, *Della revoca*, ecc., n. 82; Giorgi, *Obb.*, II, p. 264, con la letteratura e la giurisprudenza citate in nota.

(8) Brezzo, *Della revoca*, ecc., n. 81. — Tuttavia la stessa opinione dominante ammette una eccezione, cioè quando l'atto è stato compiuto dal debitore con l'intenzione di defraudare i creditori futuri. Vedi Giorgi, *Obb.*, II, n. 266, con gli autori e la giurisprudenza, citati in nota 2. — Avverso anche a questa eccezione è il Maierini, l. c.

(9) Serrigny, *Revue de droit français et étranger*, III, p. 532; Laurent, XVI, 461.

(10) Aubry e Rau, § 613, n. 37 e § 313, testo e nota 15.

(11) Demolombe, II, 234; Larombière, 1167, 22; Maierini, *Della revoca*, 83; Giorgi, *Obb.*, II, p. 265.

dell'art. 1827; e questi possono reclamare dall'attore nell'azione revocatoria che il credito abbia data certa. I contraenti in mala fede non lo possono, perchè giammai la frode può diventare un'arma di difesa. Io accedo a questa ultima opinione (arg. lo spirito dell'art. 1827, e l'articolo 1235, ultimo capoverso). E pel caso speciale della revoca della fraudolenta rinunzia, applicando questi principii generali, se l'erede necessario o il coerede, in seguito alla rinuncia, hanno in buona fede accettata l'eredità essi possono pretendere che il creditore dimostri che il suo credito abbia acquistata data certa anteriormente alla rinuncia.

**119.** Si domanda se anche i creditori ipotecarii possano intentare l'azione per la revoca della rinunzia. Si risponde affermativamente, quantunque si noti che di rado il creditore ipotecario, munito di un mezzo di sicurezza più facile e più sicuro, si deciderà per un procedimento che a lui procura molti imbarazzi (1).

**120.** Sorge la questione sull'effetto della revoca rapporto agli acquirenti da colui che ha acquistato il diritto ereditario in seguito alla fraudolenta rinuncia. Ritenuto che l'art. 949 non è che un caso dell'art. 1235, parrebbe che si avesse anche per esso ad applicare l'ultimo capoverso di questo articolo: " In ogni caso però la rivocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione „ (2). E la soluzione sarebbe inoppugnabile, se la domanda di revoca della rinunzia dovesse essere trascritta. Ma si oppone che l'art. 949 non è richiamato nell'articolo 1933 n. 3 (3). E come ritiensi per comune dottrina che la rinuncia ad eredità non debba essere trascritta (4), così parrebbe che la domanda di revoca nemmeno debba esserlo (5). Dall'altro lato si è invocato l'art. 933, 2° comma " Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente „; e si è anche argomentato dall'art. 950 (6). Però si è notato contro, che la legge salvò nelle due ipotesi degli art. 933 e 950 i diritti dei terzi: " perchè il pregiudizio dato a questi avrebbe non equamente giovato all'erede stesso: questi non ha forse tardamente accettata l'eredità? Non ha fatta la rinuncia al diritto ereditario? Fatti questi che da lui dipesero, cosicchè, se in conseguenza di ciò l'erede apparente o il curatore hanno accordato dei diritti a terzi, è giusto che per l'avvenuta accettazione o per la revocata rinuncia, l'erede non tragga da questi atti un vantaggio ledente i diritti che pure a causa degli atti suoi precedenti i terzi avessero acquistato. Invece nella specie non si tratta d'impedire che col porre nel nulla i diritti acquistati dai terzi l'erede possa andare incontro alle conseguenze del fatto proprio, ma che il debitore possa ledere i diritti appartenenti ai suoi creditori, e la rinuncia, di cui all'articolo 945, ha per l'appunto tale effetto: epperciò la legge e la locuzione adoperata è abbastanza incisiva, parla di annullamento della rinuncia, essendo in questa contenuta la lesione del diritto di chi ha diritto a chiederla „ (7). Prescindendo da ogni argomentazione derivata dall'art. 950, io osservo che la ragione fondamentale della garentia del diritto quesito dei terzi nell'art. 933 è la buona fede: io non credo che entri in considerazione il fatto dell'erede che ha tardivamente accettato. Ora è vero che nell'art. 933 si parla dell'erede apparente, cioè di colui che sta nella posizione di erede, fa atti come tale, e non lo è, mentre nel caso di successivo erede o coerede, trattasi di erede vero. Ma la ragione della legge, la protezione della buona fede per la sicurezza sociale delle contrattazioni, sta nell'uno e nell'altro caso. E qui non è il caso di svolgere la genesi del capoverso dell'art. 933, che risolvendo una questione fortemente discussa nel campo del diritto francese, ha codificata una delle varie opinioni in esso sostenute (8); ma è a notare che sotto l'impero

(1) Hureaux, *Succ.*, II, n. 46. — Conf. in generale sul diritto dei creditori ipotecarii di esercitare l'azione pauliana, Maierini, *Della revoca*, p. 200; Brezzo, *Della revoca*, n. 83, e gli autori da essi citati.

(2) Letteralmente questa disposizione salva il diritto dei terzi *mediati* in buona fede, acquistato prima della trascrizione della domanda di rivocazione ancorachè con atto a titolo gratuito. — Questa disposizione è stata molto criticata. Vedi Maierini, *Della revoca*, ecc., n. 94; Giorgi, *Obb.*, II, p. 380-383. Io non entro ora in siffatta discussione; e noto solo che a me non par lecito contorcere con altra interpretazione il significato chiaro della legge, che ha considerata come degna di protezione la buona fede dei terzi mediati acquirenti, anche a titolo gratuito nelle condizioni dell'ultimo capoverso dell'art. 1235. Conf. Cass. Torino, 22 agosto 1882 (*Foro it.*, *Rep.*, v. *Frode*, n. 20, a. 1882). Conf. N. Coviello, L'ultimo capoverso dell'articolo 1235, Codice civile (*Filangieri*, anno XVII, 1892).

(3) Chironi, *Questioni di diritto civile*, p. 323, 324.

(4) Luzzati, *Della trascrizione*, vol. I, 2ª ediz., p. 241, 244, 245, 393.

(5) Il Brezzo accenna alla necessità della trascrizione della domanda di revoca della rinunzia. Vedi Brezzo, *Della revoca*, ecc., p. 337. Egli però non approfondisce la questione, la quale veramente meriterebbe di essere con maggiore larghezza sviluppata. Il Brezzo, nei riguardi del rigoroso diritto, inclina ad accettare la dottrina del Chironi; ma osserva che la giurisprudenza si manifesta in favore della contraria soluzione, per riguardo ai principii di equità, che parrebbero accolti dalla nostra legislazione in favore del diritto dei terzi. Che poi, come si è detto, solo per una svista dei compilatori del Codice, l'art. 949 non sia stato richiamato nell'art. 1933, n. 3, è una dubbia affermazione. Se nel pensiero dei compilatori del Codice fosse stato chiaro il concetto che l'art. 949 non fosse che un caso dell'art. 1235, essi potevano bene pensare che fosse superfluo il ripetere una regola chiaramente data riguardo a questo articolo. Ma per giungere alla conclusione che la domanda di revocazione della rinuncia debba essere trascritta, bisognerebbe fare una indagine critica particolareggiata sui principii comunemente accettati in rapporto agli atti soggetti a trascrizione; e tale indagine qui ora non credo opportuno di fare.

(6) Cass. Torino, 26 ottobre 1886 (*Foro it.*, 1886, I, 1170). Questa decisione nega affatto il rapporto tra l'art. 949 e l'art. 1235. Sulla insufficienza della motivazione in questo rapporto vedi Chironi, *Questioni di diritto civile*, p. 321. Conf. ciò che si è detto innanzi in questo § al n. 114.

(7) Chironi, *Questioni di diritto civile*, p. 323, 324.

(8) Conf. Aubry e Rau, VI, § 616, n. 32. Vedi per la motivazione del capoverso dell'art. 933 Pisanelli, *Relazione al Codice civile* (in Gianzana, *Collezione*, I, n. 124). Sostennero specialmente l'opinione sancita dal nostro Codice Chabot, art. 756; Poujol, art. 756, 757, ecc. Aubry e Rau l'accettano con la limitazione che l'erede apparente sia un parente del defunto in grado successibile.

dello stesso diritto francese taluni scrittori risolvono in analogia del caso dell'erede apparente anche il caso di atti compiuti dall'indegno (1), che, secondo la dottrina comune, che anch'io seguo, rimane erede sino alla sentenza che dichiara l'indegnità (2).

La disposizione adunque del capoverso dell'art. 985 è conseguenza di un principio generale, il rispetto del diritto quesito dai terzi in buona fede, da chi compie atti d'erede, sia esso apparente, e sia anche un vero erede, ma o indegno, ovvero erede per effetto di fraudolenta rinunzia di altro erede. È chiaro che, applicandosi l'art. 933, secondo comma, rimangono salvi i diritti quesiti in buona fede per effetto di atti a titolo oneroso, ma cadono quelli a titolo gratuito. Questa soluzione a me pare in accordo col generale sistema della legge, che, in molteplici disposizioni, ha tenuto conto del diritto dei terzi, e li ha garentiti contro la risoluzione del diritto dei loro autori (art. 1235, art. 950, conf. art. 1080, 1088, 1308, 1511, 1553, 1718). Il mio illustre amico e collega, il prof. Chironi, accedendo non senza qualche esitazione (3) all'opinione che, revocata la rinuncia, cadono i diritti quesiti dai terzi nel tempo intermedio, argomenta anche dalla dizione della legge nell'art. 949, che parla di *annullamento* (4); ma in questo caso, come nei casi generali dell'art. 1235, l'azione revocatoria non è una vera azione di nullità (5).

**121.** Secondo la precisa disposizione dell'art. 949, la revoca ha effetto soltanto in rapporto ai creditori, solo per la concorrenza dei loro crediti. Essa non giova all'erede rinunziante (6). Ma i creditori, accettando, non diventano essi eredi, in conseguenza debbono procedere alla vendita dei beni ereditari (7). Ed ove, dopo di essersi soddisfatti delle loro ragioni, s'abbia un residuo, esso deve essere restituito ai coeredi, o agli eredi successivi dell'erede rinunziante (8). Questi hanno anche diritto d'opporre una *exceptio excussionis* ai creditori che agiscono per la revoca (9), e di respingerli, offrendo il pagamento dei loro crediti (10). Controverso è se i coeredi o successivi eredi abbiano diritto verso il rinunziante per rivalsa di ciò che è stato detratto dall'eredità pel pagamento dei debiti di lui. Taluni l'affermano, perchè il rinunziante è considerato come se mai avesse avuto diritti sui beni della successione, perchè altrimenti egli verrebbe ad ottenere un vantaggio dalla revoca della rinuncia, e perchè se i coeredi o successivi eredi preferiscono di disinteressare i creditori, pagandoli, essi sono surrogati nelle ragioni di questi (11). Altri lo negano osservando che tal regola contraddice alla dottrina dell'antico diritto francese; che inoltre il senso dell'art. 949 è che il rinunziante non può profittare solo del sopravvanzo; che infine, per effetto della revoca, s'intende che i beni dell'eredità rinunziata siano rientrati a far parte del patrimonio del rinunziante, e che quindi il pagamento s'intende fatto coi propri beni (12). La questione è grave. In verità, non si può considerare che il pagamento fatto dai coeredi o eredi successivi ai creditori del rinunziante sia legalmente necessario, e che quindi dia luogo alla surrogazione legale (art. 1253, n. 3). Ma, dall'altro lato, se i creditori li surroghino convenzionalmente nei loro diritti, non si può negar loro l'azione di regresso. Ed il Pacifici l'accorda solo in questo caso (13). Io propendo per la prima opinione, che è più giuridica. Nè vale il dire che i coeredi e successivi eredi non hanno diritto a rivalsa, perchè nulla han pagato col loro patrimonio, poichè nel fatto l'eredità acquistata è entrata a far parte del loro patrimonio (14). Vero è che essi, potendo avvalersi del *beneficium excussionis*, ove siano costretti a pagare, difficilmente troveranno il modo di rivalersi nel patrimonio del rinunziante decotto.

### § 15. — *Continuazione — Nullità della rinuncia a futura successione.*

**122.** Considerazioni generali. — **123.** Nozioni storiche sui patti successorii di rinuncia. — **124.** Diritto comparato. — **125.** I patti di rinuncia a futura successione nei rapporti della retroattività delle leggi. — **126.** I patti successorii di rinunzia nei rapporti del diritto internazionale privato.

**122.** Si è già notato come condizione della validità della rinuncia, che la successione siasi aperta. Ma, poichè la legge espressamente pronuncia il divieto di rinuncia all'eredità di una persona vivente (art. 954), occorrono ancora talune osservazioni.

La rinuncia unilaterale alla successione non ancora aperta è nulla (inesistente). Ed è nulla anche qualunque convenzione, con la quale si rinunci all'eredità di un vivente (15). Questo divieto si rannoda al generale divieto dei patti successorii, espresso nel diritto vigente in parecchie disposizioni (art. 954, 1118, 1380, 1460).

**123.** Nel diritto romano è nulla la rinuncia all'eredità di un vivente, ed in generale, è nullo un patto di rinuncia, mentre vive l'autore della successione (16). Ma tali patti

(1) Chabot, art. 727; Poujol, art. 727, n. 14; Malpel, n. 61. — Sotto l'impero del diritto italiano applicano all'indegno la disposizione dell'art. 933; Buniva, *Successioni*, p. 43; Pacifici, *Succ.*, I, p. 239-249; Malerini, *Studi intorno all'art. 933* (*Legge*, parte III, n. 1 e segg.). E tale opinione a me pare vera.

(2) Pacifici, *Succ.*, I, p. 220. La questione trova il suo posto naturale nella teoria dell'indegnità.

(3) Vedi Chironi, *Questioni di diritto*, p. 326, in fine.

(4) Chironi, o. e l. citati.

(5) Giorgi, *Obb.*, II, p. 407 e segg.

(6) Art. 949, 2° comma: « In questo caso la rinunzia è annullata non in favore dell'erede che ha rinunziato, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori e per la concorrenza de' loro crediti ».

(7) Aubry e Rau, § 613; Pacifici, *Succ.*, V, p. 158, 159.

(8) Chabot, art. 788; Maleville, art. 788; Toullier, VI, 348; Aubry e Rau, § 613; Pacifici, *Succ.*, V, p. 158, 159.

(9) Duranton, VI, 517; Aubry e Rau, § 613.

(10) Chabot, art. 788; Toullier, IV, 349; Duranton, VI, 517; Aubry e Rau, § 613; Zachariae, § 613.

(11) Toullier, IV, 349; Aubry e Rau, § 613, testo e nota 44.

(12) Demolombe, XV, 89; Laurent, IX, 439; Arntz, II, 1435.

(13) Pacifici, *Succ.*, V, p. 160.

(14) Arntz, l. c.

(15) Essa quindi non è capace di conferma o di ratifica, e l'azione per dichiararne la nullità non si prescrive entro cinque anni. Vedi Zachariae, II, § 345; Aubry e Rau, §§ 339, nota 13; 345, testo e nota 11; Laurent, XVI, n. 106; Arntz, III, n. 34. Vedi del resto in senso contrario talune decisioni di Corti belghe in Arntz, l. c.

(16) Conf. sopra § 10, n. 98, ed i testi ivi citati in nota 4. Quanto al divieto generale dei patti successorii nel diritto romano, vedi Vangevore, *Pand.*, § 396. Specialmente in rapporto a patti di rinuncia vedi L. 16, D. *De suis et legitimis heredibus*, 38, 16: *Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius*

(*pacta renunciativa*) furono introdotti nel diritto tedesco (1), e, riconosciuti dal diritto canonico (2), si trasfusero nel diritto consuetudinario francese (3) e nella maggior parte degli statuti italiani (4). Le rinunzie pattizie servirono specialmente ad escludere le donne dalla successione, e quindi allo scopo di conservare nelle famiglie la proprietà avita. In Francia, per l'influenza di idee avverse ad ogni istituto aristocratico, e specialmente per l'idea dell'eguaglianza dei sessi nella successione, il divieto delle rinuncie ad una eredità non ancora aperta fu sancito dalla legge del 15 marzo 1780, dell'8 aprile 1791 e 18 piovoso anno V, e fu trasfuso nel Codice Napoleone (art. 791, 1130) (5). Il divieto si riprodusse in tutti i Codici italiani preesistenti (6). Il Codice sardo però ammise la rinuncia pel caso d'ingresso in religione (7), e sotto l'impero del Codice napoletano del 1819 e del Concordato napoletano del 1818, considerandosi i religiosi e le religiose professe, come incapaci di succedere, le rinunzie dei monaci e delle monache ad eredità future si reputarono come atti superflui e senza oggetto (8).

**124.** Le legislazioni tedesche odierne, seguendo le tradizioni del diritto germanico, riconoscono come in generale, in una maniera più o meno larga, la validità dei patti successorii (9), così, in ispecie, i patti di rinuncia all'eredità di un vivente. Così nel diritto prussiano (10), nel Codice austriaco (11) e nel Codice sassone (12). Nella Svizzera sono ammessi da quei Codici improntati al tipo tedesco, e sono proibiti in quei Codici, che hanno seguito il sistema francese (13).

**125.** Nel diritto vigente un patto di rinuncia a successione non ancora aperta è assolutamente nullo (e non puramente annullabile) (14). Nei rapporti della teoria della irretroattività delle leggi si è discusso se si avesse a distinguere tra le così dette *rinunzie supererogatorie*, e le vere *rinunzie contrattuali*. Quanto alle prime, fatte sotto l'impero di leggi, che escludevano le femmine, sarebbero colpite dalla nullità, pronunciata dalla nuova legge, poichè esse erano un soprapiù, che nulla aggiungeva all'effetto dell'esclusione, stabilita dalla legge. Ma quanto alle vere *rinuncie contrattuali*, fatte sotto l'impero di leggi che ammettevano l'eguaglianza dei sessi nella successione, si avrebbe a riconoscere un vero *ius quaesitum ex pacto* (15). Ma tale questione non ha importanza pratica sotto l'impero della vigente legislazione italiana; poichè l'art. 22 del decreto 30 novembre 1865 dichiara priva di effetto, senza alcuna distinzione, ogni specie di rinunzia a futura eredità (16).

**126.** Nei rapporti del diritto internazionale privato varrà

---

*successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censeri*. L. 3, C. *De coll.*, 6, 20: *Pactum dotali instrumento comprehensum « ut contenta dote, quae in matrimonium collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet »: iuris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur*. Conf. De Crescenzio, *Diritto romano di successione* (in *Digesto*, p. 7). Il divieto si conservò nel diritto bizantino. Vedi Ciccaglione, *Diritto romano-greco di successione* (in *Digesto*, p. 280).

(1) Nella legge salica si ha un atto, mediante il quale una persona può sciogliersi da tutti i rapporti dipendenti dal diritto di famiglia, e quindi anche dal diritto ereditario: *Lex Sal.*, tit. 43. *De eo qui se de parentilia tollere vult.* Vedi Beseler, *Syst.*, II, § 161. Per le rinuncie proprie alla eredità vedi *Specchio sassone*, L. 13, § 2, e nello *Specchio svevo*, c. 147. Vedi Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 121, X. In generale Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, V, §, 313.

(2) Cap. 2, in VI, *De pactis*; Bonifac., VIII, a. 1226 (1, 18): *Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis; si tamen iuramento non vi nec dolo praestito, firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit.*

(3) Vedi Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 710, 711, Paris 1886.

(4) Conf. Ciccaglione, *Diritto di successione nelle legislazioni italiane avanti la codificazione* (in *Digesto*, v. *successione, diritto intermedio*, p. 361 e segg.). Quanto al diritto napoletano anteriore alla codificazione, vedi Rapolla, *Ius Regni Neap.*, III, p. 227; De Franchis, *Dec.*, 1, 189, n. 7. Sulla così detta *cautela di Maranta*, relativa alla questione se in seguito alla rinuncia ad una futura successione fatta da una donna, i figli di lei potessero accettare per diritto proprio l'eredità, vedi Ciccaglione, o. e l. citati.

(5) Vedi i discorsi di Chabot, Favard e Moricault in Locré, X, p. 255; XII, p. 428, 556.

(6) Cod. napoletano, art. 708, 1085; Cod. parmense, art. 896, 1103; Cod. sardo, art. 1009, 1121; Cod. estense, art. 982, 1180.

(7) Art. 1009, 1187.

(8) Rescritto circolare del 9 marzo 1822. Vedi in Liberatore, *Della polizia ecclesiastica nel Regno delle Due Sicilie*, p. 75, Napoli 1842.

(9) Riconoscono in generale la delazione per patto successorio il Codice prussiano (I, 12, §§ 617, 618), ed il Codice sassone (§§ 2542-2559). Il Codice austriaco l'ammette solo tra i coniugi (§§ 602, 1249-1254).

(10) *Preussisches Landrecht*, II, 2, § 483 e segg. Conf. Dernburg, *Preussisches Privatrecht*, III, § 180, 181; Förster, IV, § 263.

(11) Codice austriaco, §§ 538, 551. Conf. Pfaff ed Hofmann, *Comm. zum österrei. allg. bürg. Gesetzbuche*, II, 1, p. 54, *Excurse*, etc., II, 1, p. 31-56.

(12) § 2560 e segg. — I patti di rinunzia all'eredità sono anche in conformità del vigente diritto tedesco riconosciuti nel *Progetto ufficiale di Codice per l'impero germanico*, §§ 2099-2021. Conf. *Motivi*, V, p. 472 e segg.

(13) Riscontra Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, II, p. 327-334.

(14) Aubry e Rau, § 344; Zachariae, § 345, testo e nota 10; Arntz, III, n. 34. Ne consegue che tali specie di rinuncie non possono essere ratificate, nè l'azione per dichiarazione di nullità si prescrive in cinque anni. Laurent, XVI, p. 106. Vi è però qualche dissenso. Vedi decisioni delle Corti belghe in questo senso in Arntz, l. c.

(15) Questo concetto fu seguito in Francia dalla Legge del 18 piovoso, anno V. Tale legge non fu promulgata in Italia, ma, sotto l'impero del Codice francese i principii furono accettati dalla giurisprudenza. Nel senso però della nullità di ogni specie di rinuncia vedi una circolare del ministro Ricciardi nell'ex Reame di Napoli (regnante Murat), del 25 settembre 1809; in Galdi, *Codice civile del Regno d'Italia, ecc.*, all'art. 954, Napoli 1865. La diversità di trattamento tra le *rinunzie supererogatorie* e le *contrattuali* fu sancita dalle leggi transitorie della maggior parte degli ex Stati italiani (Decreto napoletano 5 marzo 1817; legge transitoria sarda, 1837, art. 13; legge estense del 1851, art. 20). In Parma fu sancito però un contrario principio, dichiarazione sovrana, 27 novembre 1817. Vedi Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, III, p. 507 e segg 2ª ediz., Torino 1886. Conf. Sentenza Corte d'appello di Roma, 15 febbraio 1873, con nota di De Crescenzio (*Foro it.*, II, 1, p. 235 e segg.).

(16) Art. 22, Decreto 30 nov. 1865: « Le disposizioni del nuovo Codice contenute nel titolo *Delle successioni* sono anche applicabili alle femmine già dotate o maritate e ai loro discendenti, e saranno prive di effetto le rinunzie che abbiano fatte nel-

una rinuncia a futura successione, fatta da stranieri, la cui legge nazionale riconosce la validità di tali rinuncie? L'esame della questione richiederebbe un ampio sviluppo, che non trova qui posto opportuno. Essa si rannoda alla più generale questione della validità dei patti successorii fatti da stranieri, in rapporto al diritto italiano.

Mi limiterò pertanto a poche osservazioni. In rapporto ad un patto di rinuncia la dottrina francese si pronunzia per la nullità (1). In Germania i patti successorii sono considerati come sottoposti alle stesse regole, che vigono rapporto al testamento, e quindi viene applicata la regola dell'ultimo domicilio del defunto: e come specie di patti successorii sono considerati i patti di rinuncia a futura successione (2). In Italia ritiensi in generale la validità di patti successorii, conchiusi da stranieri, la cui legge nazionale li riconosce, senza entrare in una particolare disamina delle rinuncie a futura successione (3). Il punto preliminare nel sistema della nostra legislazione sarebbe di fissare: se il divieto delle rinuncie a futura successione debba rannodarsi in prevalenza ai rapporti di successione, ovvero a quelli contrattuali. Se i patti di rinuncia si debbono rannodare al sistema dei rapporti successorii, dovrebbe applicarsi l'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile; essere regolati cioè dalla legge nazionale della persona della cui eredità si tratta. Ma se essi debbono rannodarsi al sistema dei rapporti contrattuali, impera l'art. 9 delle stesse disposizioni preliminari. Allora si potrebbero avere diversi effetti, secondo che i contraenti siano o no cittadini di uno stesso Stato. Se i cittadini sono dello stesso Stato, la cui legislazione riconosce i patti di rinuncia, questi sarebbero validi, ancora che conchiusi in Italia. Se i cittadini appartengono a diversi Stati, dovrebbe imperare la *lex loci*; e se il patto successorio fosse conchiuso in Italia, dovrebbe essere nullo, poichè tale lo dichiara la legge italiana. E nullo dovrebbe essere nel caso, che il rinunciante fosse italiano, e la rinuncia si facesse in Italia, poichè l'autonomia del privato ad assoggettarsi ad una legge straniera trova una limitazione nel divieto pronunciato dalla legge di ogni rinuncia a futura successione. Ma in ogni caso, considerandosi anche il patto di rinuncia come subordinato alle regole generali stabilite per le successioni nell'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile, si dovrà ricercare se il divieto delle rinuncie a futura successione, contenute negli art. 954, 1118 Codice civile, non sia una di quelle leggi proibitive, delle quali parla l'art. 12 delle stesse disposizioni preliminari, e che come assolute leggi cogenti escludono l'applicazione in Italia di un diritto straniero.

### § 16. — *Trasmissione del diritto di accettare.*



**127.** Secondo il concetto già da me esposto (conf. sop. § 6) intorno all'acquisto *ipso iure* dell'eredità, la trasmissione del diritto di accettare (art. 939) è la conseguenza di tale acquisto.

Mentre nel diritto romano la trasmissione del diritto di adire, come conseguenza della delazione, è soltanto eccezionale (vedi sop. n. 88, testo e nota 7), nel diritto vigente italiano è la regola. Ma ciò non basta per una completa trattazione dell'argomento. Ed innanzi tutto, dal punto di vista della teorica da me sviluppata sulla delazione, è necessaria una esatta determinazione delle condizioni per la trasmissione del diritto di accettare. Secondo il sistema della nostra legge, ammessa una delazione successiva, è possibile che il successivo chiamato, esistente all'epoca dell'apertura della successione, muoia prima che la delazione si verifichi; per es.: se il secondo chiamato muoia, prima che il primo chiamato rinuncii. Quando la rinuncia si verifica, s'intenderà trasmesso il diritto di accettare negli eredi del secondo chiamato, ovvero vi sarà secondo i casi diritto di accrescimento, o di devoluzione ad altri eredi?

**128.** Il problema si trova variamente risoluto dalle le-

l'atto dotale od altrimenti in conformità delle leggi anteriori, tanto se queste escludano le femmine dalla successione, quanto se le ammettano coi maschi. — Le stesse disposizioni sono anche applicabili ai professi religiosi, non ostante le rinunzie fatte dai medesimi giusta le leggi anteriori ». Nondimeno la Corte di cassazione di Firenze, 30 dicembre 1891, decise che rimanesse valida, sotto l'impero del vigente Codice, una rinunzia alla successione, fatta dai coniugi nella convenzione di separazione, sotto l'impero del Codice austriaco (*Foro it.*, *Rep.* 1892, v. *Successione*, 18-22).

(1) Aubry e Rau, § 31; Brocher, *Droit international privé*, p. 216, n. 61; Bertauld, *Questions de Code Napoléon*, I, p. 26, n. 45. Il Laurent mentre ritiene la validità dei patti successorii fatti da stranieri, la cui legge li riconosce, nei rapporti del diritto internazionale privato; ne eccettua i patti di rinuncia delle donne, perchè considera tali patti come contrarii ai principii dell'eguaglianza dei sessi stabiliti nel Codice francese. Laurent, *Droit civil international*, vol. VII, n. 298 e seg., n. 322. Per la validità dei patti successorii vedi anche Crome, il quale però scrive sotto l'influenza delle dottrine giuridiche germaniche. Crome, *Allgemeiner Theil des modernen Französischen Privatrechtswissenschaft*, p. 98, Mannheim 1892.

(2) Savigny, VIII, p. 314; Bar, *Theorie and Praxis des internationalen Privatrechts*, II, p. 340, 2ª edizione, Hannover 1889; Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, I, p. 254; Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, I, § 27, n. 2; Dernburg, *Pand.*, I, § 46, d.; Krainz, *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, p. 34; Regelsberger, *Pandekten*, I, § 46, 3, Leipzig 1893; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, p. 245, Leipzig 1895.

(3) Pacifici, *Istituzioni di diritto civile*, 3. ed., p. 183, Firenze 1880; Catellani, *Diritto internazionale privato*, vol. II, Parte II, e vol. III, p. 736; Fiore, nel *Diritto civile italiano* esposto per Colamarino; Fiore e Lomonaco, vol. I, p. 327 e seg. Il Bellavite nelle sue pregevoli *Note al diritto civile*, Padova 1871, non fa speciale cenno della questione; tuttavia in quanto al divieto fatto ai coniugi di donarsi reciprocamente, inclinando ad applicare l'art. 9 delle disposizioni preliminari al Codice civile, nota d'altra parte che a tal concetto si potrebbero elevare difficoltà per l'art. 12 delle stesse. E questa osservazione, come si vedrà, può essere generalizzata anche pel caso del divieto di patti successorii. Contro la validità di ogni patto successorio, Landucci, *Diritto positivo internazionale privato in Italia* (nella traduzione italiana di Aubry e Rau, I, p. 303).

gislazioni positive. Nel diritto romano bisognava essere esistente e capace al momento della delazione, anche quando questa non coincideva col momento della morte dell'autore della successione (1). In conseguenza il successivo chiamato doveva sopravvivere alla rinuncia del primo chiamato nella successione *ab intestato* (2), l'erede *ab intestato* di primo grado doveva sopravvivere alla rinuncia dell'erede scritto o all'eventuale dichiarazione di nullità ed inefficacia del testamento (3), l'istituito erede sotto condizione doveva sopravvivere all'avverarsi di questa. Il sostituito doveva sopravvivere al caso della sostituzione (4). Come più volte si è notato, in regola nel diritto romano non vi ha trasmissione della delazione; ma anche nei casi eccezionali, nei quali essa è ammessa, il trasmettente deve esistere ed essere capace al momento della delazione (5). Invece nel diritto prussiano nella successione *ab intestato* tutti i chiamati in ordine successivo trasmettono il loro diritto agli eredi. Si trasmette un diritto di eredità o di legato sottoposto a condizione, prima che la condizione si verifichi; si trasmette il diritto del sostituito, anche prima che si avveri il caso della sostituzione. Ed il Dernburg formula la teorica, che al momento della morte dell'autore della successione si ha una eventuale vocazione per tutti coloro, ai quali l'eredità può essere deferita (6). Quanto al Codice austriaco la capacità di succedere si determina al momento della delazione, ma di regola questo momento è il tempo della morte di quello, della cui eredità si tratta (§ 545). Si ritiene quindi che in caso di successiva vocazione tutti gli eventualmente chiamati trasmettono il loro diritto ai successori. Ma secondo una espressa disposizione pel caso di istituzione condizionale, è necessario che l'istituito sopravviva all'adempimento della condizione, e che al tempo, in cui questa si verifica, egli sia capace di succedere (§ 703). Quanto alla sostituzione volgare è controverso, se pel caso di rinuncia la delazione avvenga al momento della morte del testatore, ovvero al momento della rinuncia del primo istituito. Si sostiene la prima opinione, considerando la sostituzione come una istituzione condizionata (7); si sostiene la seconda, invocando il principio che secondo il diritto austriaco la delazione avviene in regola al momento della morte (§ 573), e che la successiva vocazione nella successione testamentaria deve essere analogamente trattata alla vocazione successiva nella successione *ab intestato* (8). Anche secondo il Codice sassone la delazione si ha al momento della morte dell'autore della successione; però se l'istituzione è condizionata, la delazione si verifica soltanto all'avverarsi della condizione; e l'istituito per divenire erede deve sopravvivere a tale evento (§ 2009). Ed è espressamente stabilito (§ 2195), che la sostituzione vien meno, se il sostituito muore prima che l'erede istituito faccia la dichiarazione di adire o rinunciare all'eredità. Secondo il Codice sassone adunque nella successione legittima i chiamati successivi trasmettono il loro diritto eventuale agli eredi di adire o di rinunciare all'eredità in conformità del § 2010; ma nè l'erede istituito sotto condizione, nè il sostituito trasmettono il loro diritto, se il primo non sia sopravvissuto al verificarsi della condizione, ed il secondo alla rinuncia dell'erede istituito. Secondo il progetto ufficiale del Codice civile per l'impero tedesco la delazione in regola avviene al tempo dell'apertura della successione (§ 2025). In caso di rinuncia all'eredità si ha la delazione come non avvenuta, e l'eredità è deferita ai chiamati al momento della morte dell'autore della successione (§ 2042): il sostituito che è sopravvissuto al testatore, ma che è morto prima del verificarsi del caso della sostituzione, trasmette il diritto ai suoi eredi, salvo il caso di contraria volontà del testatore (§ 1810). Fin qui in accordo con le regole già esposte, che si hanno nel diritto prussiano. Ma pel caso della istituzione condizionale il progetto si allontana dal diritto prussiano, disponendo che nel dubbio si debba presumere inefficace l'istituzione, se l'istituito non sia sopravvissuto all'avveramento della condizione (§ 1761) (9).

**129.** Nel diritto francese, trattandosi di successione *ab*

---

(1) Conf. Windscheid, *Pand.*, III, 595; De Crescenzio in *Digesto* (Successione, Diritto romano), n. 20.

(2) Windscheid, *Pand.*, § 595, nota 3.

(3) L. 2, § 6, *De suis et legitimis heredibus*, 38, 16. *Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est. Secundum quae et si suus erat qui praecedebat vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vivit, proximum eum accipimus. qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est.* L. 8, § 1, eod.: *Si quis praegnantem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat.* L. 8, C. *Comm. de succes.*, 6, 59: *Antequam scriptus heres cuiuscumque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, et qui testamentum reliquit intestato nemo succedit.* Conf. L. 39, D. *De adq. vel omitt. her.*, 29, 2; L. 89, D. *De reg. iur.*, 50, 17. Windschied, *Pand.*, III, § 535 nota 3, § 569.

(4) L. un., § 7, C. *de cad. tol.*, 6, 51; L. 59, § 6, *De her. inst.*, 28, 5; L. 23, 45, § 1, D. *De vulg. subst.*, 28, 6; L. 9, i. f., *De suis*, 38, 16; L. 81, D. *De adq. vel omitt. her*, 29, 2. Conf. Windscheid, *Pand.*, III, § 535, nota 3, e § 554, nota 1, 557, nota 2

(5) Se si accetta l'idea che avvenisse trasmissione anche se l'istituito ascendente nella cosidetta *transmissio Theodosiana* fosse premorto al testatore, si avrebbe l'idea di una vera sostituzione legittima, nè potrebbe parlarsi di trasmissione della delazione. Conf. De Crescenzio, *Delle successioni in diritto romano* (*Digesto*, n. 273).

(6) Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, III, p. 298, 446, 586. P. L. R., 1, 12, §§ 462, 485. Reco qui tradotti il testo dei due §§. — § 462: « Se il sostituito è sopravvissuto al testatore, ma è morto entro il tempo legittimo, che è dato all'istituito per deliberare, egli trasmette il diritto ai suoi eredi ». § 485: « Entro i limiti, nei quali un diritto sottoposto a condizione può essere trasmesso agli eredi, si ha trasmissione del diritto a favore degli eredi dell'erede o del legatario condizionato ». Questa ultima regola si riferisce ai §§ 161, 162, Tit. IV. Quindi non vi sarebbe trasmissione, se l'adempimento della condizione fosse legato alla persona dell'erede ».

(7) Unger, *Oesterreic. Erbrecht*, § 19; Zeiller, *Comm. al Codice austriaco*, al § 604 (trad. ital., II, 2, p. 111, Venezia 1815); Castelli, *Cod. austriaco ecc.*, al § 604, II, p. 587; Mattei, *I paragrafi del Cod. austriaco ecc.*, III, p. 212

(8) Kr[illegible]inz, *Syst. der oesterr. allg. Privatrechts*, vol. II, Part. II, p. 386. Questo autore però avverte che l'opinione comune è la contraria.

(9) Il Mommsen nel suo *Progetto di legge ereditaria* per l'impero tedesco si attiene in generale al sistema del diritto romano (§ [illegible]), ammette però la trasmissione della delazione, ma solo pei chiamati effettivi (§ 10). La vocazione e la delazione

*intestato*, sia che si ammetta secondo taluni scrittori una *saisine iuris* contemporanea, sia che se ne ammetta una successiva, sia che si ammetta che tutti i successivi chiamati hanno il diritto di accettare o rinunciare anche prima che l'erede di primo grado accetti o rinuncii, sia che loro un tal diritto sia negato (1), non è dubbio che la trasmissione del diritto avvenga per gli eredi dei chiamati successivi, e perchè la capacità di succedere è invariabilmente fissata al momento dell'apertura della successione (art. 725 Cod. franc.), e perchè la rinuncia ha effetto retroattivo (arg. art. 777, 785 Cod. franc.) (2). Però nel caso di successione testamentaria, il legatario universale, a titolo universale o particolare, a favore del quale si è disposto sotto condizione sospensiva, deve esistere al momento dell'avverarsi della condizione, e per conseguenza se muore prima di questo momento, nulla trasmette ai suoi eredi (art. 1040). Quanto alla sostituzione volgare, testualmente ammessa (art. 898), la dottrina è concorde nel ritenerla una istituzione condizionata (3). E se è tale, la conseguenza è che il sostituito debba sopravvivere al momento della rinuncia dell'istituito.

**130.** Le nozioni su esposte intorno al diritto comparato chiariscono la posizione della quistione. Ed in rapporto alla successiva vocazione nella successione legittima non pare dubbio che per diritto italiano la eventuale vocazione si trasmetta agli eredi. E ciò sia perchè anche per diritto italiano è necessario essere esistente e capace al momento dell'apertura della successione (art. 724), e sia perchè la rinuncia ha come l'accettazione effetto retroattivo (art. 938, art. 945). Non mi pare in conseguenza esatto il dire, che per darsi luogo alla trasmissione è necessario che il trasmittente sia nel possesso definitivo del diritto di accettare (4). Io ho sostenuto che la delazione avvenga in ordine successivo pei chiamati di ulteriore grado (5), ho anche sostenuto che non si abbia diritto di accettare o di rinunciare, se non al momento del verificarsi del caso della vocazione (6); ma ciò non toglie che questa esista come un diritto acquistato, sebbene condizionato, al momento della morte dell'autore della successione, e che, come tale, sia trasmissibile agli eredi. Analogamente mancando la successione testamentaria per rinuncia dell'istituito, e dandosi luogo alla successione *ab intestato*, si ha la delazione per l'erede legittimo esistente e capace al momento della morte dell'autore della successione, e se esso è premorto all'istituito, si ha trasmissione per i suoi eredi. Si ha anche trasmissione per gli eredi dell'erede *ab intestato*, quando manchi la condizione, nel caso dell'istituito sotto condizione, o l'istituito sol concepito non nasca vitale, o il figlio nascituro da una determinata persona vivente, non nasca, se l'erede *ab intestato*, esistente al momento dell'apertura della successione, sia premorto (7).

Quanto all'istituzione condizionale l'art. 853 testualmente dispone: " Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione sospensiva, è priva d'effetto, se la persona, a cui favore è fatta, muoia prima che siasi verificata la condizione ". Cosicchè il diritto non può acquistarsi, nè può trasmettersi ai successori, prima che siasi avverata la condizione. Ma per la sostituzione non vi ha disposizione testuale nel Codice, e potrebbe aversi una controversia analoga a quella, che, come si è notato, si ha nel Codice austriaco. Ed infatti un insigne ed altissimo magistrato italiano mi ha espressa l'opinione: che pel caso di sostituzione si avessero ad applicare i principii stessi, che sono applicabili al caso di successiva vocazione nella successione legittima. Poichè la capacità del sostituito cade sotto la regola generale dell'art. 724 (conf. art. 764), e poichè, ponendo che l'erede istituito rinuncii dopo che è morto l'istituito, la rinuncia retroagisce al tempo della morte dell'autore della successione. Tuttavia a me non pare tale opinione accettabile. Contro di essa sta la natura della sostituzione, quale ci è trasmessa dal diritto romano, ed è accettata nel diritto francese, cioè che essa sia una istituzione condizionale. Se la sostituzione si verifica pel caso della rinuncia, sol nel momento della rinuncia può dirsi

---

dell'eredità non si hanno nè pei successivi chiamati prima della rinunzia degli eredi di primo grado, nè per gli eredi istituiti sotto condizione sospensiva prima del verificarsi della condizione, nè pei sostituiti prima dell'avveramento del caso di sostituzione (§ 9, capoverso. Conf. §§ 109, 155). Vedi pei motivi in Mommsen, *Entwurf. ecc.*, p. 137, 216, 242.

(1) Conf. sop. § 7, n. 8.

(2) Conf. Aubry e Rau, § 613; Zachariae, § 613.

(3) Troplong, *Don. e test.*, n. 174; Stabel, *Inst. des Franz. Rechts*, § 100.

(4) Pacifici, *Succ.*, V, p. 36.

(5) Conf. sop. § 3.

(6) Conf. sop. § 7, n. 8.

(7) Trattandosi di una istituzione sotto condizione sospensiva, ho ritenuto che la delazione testamentaria fosse sospesa, e che fosse sospesa pure pel caso dell'istituzione di un concepito, e di un nascituro nelle condizioni dell'art. 764 (conf. sop. n. 20 d.). Ivi ho anche accennato che in questo caso sono possibili diverse concezioni sulla condizione del patrimonio, sino al verificarsi della condizione. Ma di ciò nel § seguente. Ora in rapporto alla trasmissione del diritto di successione, è una conseguenza dei principii di sopra svolti, che se la condizione manchi, si deve considerare come se mai vi fosse stata istituzione, e quindi succedano gli eredi *ab intestato* esistenti al momento della morte (art. 721, conf. art. 923). E ne consegue che se in questo caso uno degli eredi *ab intestato* è premorto, poichè egli ha un diritto acquistato sebbene eventuale, e la delazione a suo favore ha effetto retroattivo, trasmette quel diritto ai suoi successori. E lo stesso effetto si ha pel caso di una istituzione di un concepito, quando egli non nasca vitale, e del figlio immediato di una determinata persona vivente, quando non nasca. In contrario ha deciso la Corte di appello di Brescia con sentenza 7 luglio 1890, decidendo una questione relativa ai nascituri, ma considerando la delazione legittima, pel caso che esista istituzione condizionale, come una delazione condizionata anche essa sottoposta alla regola dell'articolo 720. Vedi *Foro it.*, 1891, I, 30. Ora quantunque io ammetta successiva delazione, e sostenga che la delazione *ab intestato* si verifichi, se manca il testamento (conf. sop. nn. 20, 21), riconosco un diritto di vocazione condizionato, come diritto quesito ai successori *ab intestato* al momento dell'apertura della successione (conf. sop. l. citato). Non è esatta in conseguenza la decisione della Corte di Brescia. Nel senso della nostra opinione vedi Pescatore, *Giornale delle leggi*, a. III, p. 161, 162; Ricci, *Nota alla sentenza già citata della Corte di Brescia*, *Giurispr. it.*, 1890, II, 701. L'anonimo annotatore della stessa sentenza nel *Foro italiano* (l. c.), invocando l'autorità del diritto romano a sostegno della decisione, ha disconosciuta la diversità dei principii tra il diritto romano ed il diritto vigente. Conf. per le regole del diritto romano sop. n. 128.

verificata la condizione, e solo in questo momento il diritto è quesito al sostituito, ed è trasmissibile ai suoi successori (1). Nè è senza ragione questa differenza di trattamento pel caso della successiva vocazione nella successione legittima, e pel caso di successiva vocazione nella successione testamentaria. Nella prima è l'ordine legale, che impera, fondato sul diritto di famiglia, nella seconda domina la volontà del testatore, e la legge in regola non presume che la liberalità a favore di una data persona debba valere anche pei successori, quando essa non ha acquistato il diritto, perchè non si è verificato il caso della sostituzione.

Contro la dottrina da me prescelta potrebbe opporsi che si lascia in balia del malvolere dell'istituito il diritto del sostituito; ma all'ipotesi di un erede che tardi nell'accettare o nel ripudiare l'eredità, provvede, secondo il mio concetto, l'art. 951 (2).

**131.** Premesse tali considerazioni, le condizioni per l'avverarsi della trasmissione sono le seguenti:

*a*) Che siasi aperta la successione a favore dell'erede, morto prima dell'accettazione;

*b*) Che l'istituzione non sia condizionata;

*c*) Che l'erede del trasmittente accetti l'eredità propria dello stesso.

**132.** Quanto alle due prime regole esse sono a sufficenza chiarite dalle osservazioni già fatte. Quanto alla terza, essa è naturale conseguenza dell'acquisto del diritto di accettare, come parte dell'eredità del trasmittente. Se quindi si rinuncia all'eredità propria del trasmittente, intendesi rinunciato all'eredità trasmessa. Ma viceversa si può benissimo accettare l'eredità propria del trasmittente, e rinunciare all'eredità trasmessa, poichè con l'eredità propria del trasmittente è trasmesso anche il diritto di accettare o di ripudiare l'eredità trasmessa (art. 941). Ciò è testualmente disposto nel Codice vigente; nel Codice francese tale regola non è espressa, ma essa è ammessa nella dottrina (3). Essa fu formulata pel primo dal Codice di Parma (art. 885), e passò quindi nel Codice sardo (art. 996), e nell'estense (art. 969). In conseguenza l'erede del trasmittente non è l'erede dell'autore della successione trasmessa, ma solo del trasmittente, che non ha in vita esercitato il diritto di scelta, accettando o rinunciando. E ciò costituisce una fondamentale differenza tra la rappresentazione e la trasmissione, poichè la prima sostituisce il rappresentante al luogo del rappresentato, come un erede dell'autore della successione; e da ciò segue che si può rappresentare anche la persona alla cui successione si è rinunziato (art. 795). L'erede del trasmittente ha tutti i diritti che questi aveva in rapporto all'eredità trasmessa: in conseguenza ha anche il diritto di revoca, della rinuncia del suo autore nelle condizioni dell'art. 950 (4).

**133.** Se gli eredi sono più, e non sono tutti di accordo per accettare o rinunziare l'eredità trasmessa, il Codice italiano lascia a ciascuno di essi il diritto di accettare o rinunciare, ma dispone che chi accetta acquista tutti i diritti dell'eredità e ne assume tutti i pesi (art. 940) (5). È questa una conseguenza del concetto stesso dell'eredità come *universum ius defuncti*. Come il trasmittente non aveva il diritto di accettare in parte ed in parte rinunciare, così chi accetta, accetta l'eredità trasmessa come un tutto, alla quale accrescesi la porzione del rinunciante. La disposizione in conseguenza dell'art. 940 è fondata sopra una ragione analoga a quella che regola il diritto di accrescere tra i coeredi (art. 946, conf. art. 883). Il Codice italiano in conseguenza si è allontanato dal sistema del Codice francese, che nel caso di disaccordo tra i coeredi dispone che l'eredità debba accettarsi col beneficio dell'inventario (art. 782 Codice francese) (6). Il sistema fu seguito da tutti i Codici italiani preesistenti (art. 699 Codice napoletano, art. 885 Codice parmense, art. 995 Codice sardo, articolo 969 Codice estense); ma contro di esso le obiezioni non son lievi. Si ordina una accettazione forzosa, sebbene col beneficio dell'inventario: col beneficio dell'inventario si evita di pagare i debiti *ultra vires*, ma non il pregiudizio che può derivare dall'obbligo della collazione nel trasmittente (7). Controverso è se in tal caso di accettazione involontaria, si abbia tal conseguenza; contro di essa si dice che riesce contraria all'equità imponendo la volontà di una minoranza, o anche di un solo contro la maggioranza (8). In ogni modo, tali discussioni sono eliminate col sistema semplice e più logico del Codice vigente (9).

### § 17. — *L'eredità giacente.*

134. L'eredità giacente nel diritto romano. — 135. Non aveva luogo nella successione dei *sui*. — 136. Concessioni varie, giureconsulti romani. — 137. Le teorie moderne. — 138. Diritto tedesco. — 139. Diritto medioevale italiano. — 140. Codici tedeschi moderni. — 141. Il Progetto ufficiale di Codice per l'impero tedesco (prima lettura). — 142. Codice francese. — 143. Codici italiani anteriori al Codice vigente. — 144. I Progetti di Codice civile italiano — 145. L'articolo 980 del Codice italiano. — 146. Esame del primo caso previsto: *quando l'erede non sia noto*. Esame del secondo caso: *quando gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunziato*. — 148. Istituzione sotto condizione sospensiva: diritto romano, diritto tedesco odierno, Codice francese. — 149. Continuazione. Codice italiano. — 150. Istituzione di un concepito, o di un non concepito a norma dell'art. 764 Codice civ. — 151. L'istituzione di un corpo morale da fondarsi. — 152. Il concetto dell'eredità giacente secondo il Codice italiano. — 153. L'eredità giacente dal punto di vista della teoria generale del diritto.

**134.** Nel campo del diritto romano si ha l'*eredità giacente* (*hereditas iacens*) dal momento della morte sino al

(1) Conf. Borsari, *Com.*, vol. III, Parte I, p. 780, Torino 1874. — Cass. Firenze, 7 maggio 1888 (*Foro Nap.*, 1888, v. *successione*, n. 23, 24.

(2) Conf. sopra § 12, n. 3.

(3) Chabot, art. 781; Duranton, VI, 406; Zachariae, IV, § 609, n. 5; Aubry e Rau, § 609, testo e n. 7; Arntz, II, n. 1383.

(4) Demolombe, XIV, 344, 345; Arntz, II, 1383; Pacifici, *Succ.*, V, p. 30.

(5) Art. 940 Cod. ital. « Se questi eredi non sono fra loro di accordo per accettare, o per rinunziare all'eredità, quello che accetta acquista solo tutti i diritti e soggiace a tutti i pesi dell'eredità, rimanendovi estraneo il rinunziante ».

(6) Sotto l'impero dell'antico diritto francese, in caso di discordia tra i coeredi, il giudice aveva a decidere secondo ciò che sarebbe riuscito più vantaggioso al trasmittente (*quid utilius*). Ma ciò dava luogo a controversie. Il Codice francese volle ad esse por fine. Vedi Maleville all'art. 782.

(7) Arntz, II, n. 1384.

(8) Conf. Arntz, l. c.; Duranton, VI, 410.

(9) Lo stesso sistema segue il Codice spagnuolo del 1889.

momento in cui l'erede acquista con l'adizione l'eredità (1). Poichè la semplice *delatio* non costituisce in regola l'acquisto, il caso fondamentale si ha quando la delazione coincide col momento della morte, ma tra la delazione e l'acquisto corre un tempo intermedio sino all'*aditio;* durante questo tempo l'eredità è giacente.

Possono rannodarsi a questo caso i casi nei quali non è avvenuta una attuale vocazione ereditaria (*delatio*), come il caso di una istituzione sotto condizione sospensiva, ed il caso della successione di un concepito (2). In tutti questi casi manca la continuità dei rapporti patrimoniali nella successione dell'erede al defunto in un tempo intermedio, ed è necessario che il diritto regoli lo stato del patrimonio durante quel tempo, e sorge l'istituto dell'eredità giacente.

**135.** L'istituto dell'eredità giacente, secondo la su esposta nozione, non poteva aver luogo nella successione dei *sui.* Poichè questi acquistano l'eredità *ipso iure*, si ha continuazione nei rapporti di proprietà (*continuatio dominii*), e manca ogni interruzione nello stato dei rapporti patrimoniali (3). Il Fustel de Coulanges dice assai bene: " Presso gli antichi non bisogna figurarsi l'eredità come un patrimonio che passa di mano in mano. Il patrimonio è immobile, come il focolare e la tomba, alle quali esso si rannoda. È l'uomo che passa. È l'uomo che a misura che la famiglia sviluppa le sue generazioni, arriva alla sua ora segnata per continuare il culto, e prender cura del patrimonio " (4).

**136.** La concezione giuridica dell'eredità giacente variò nei giureconsulti romani. La concezione più antica è che le cose ereditarie non appartenessero a nessuno (sono *sine domino*, *res nullius*). Tale fu la teorica di Labeone (5), e si ha anche in Gaio (6). Ai tempi di Gaio ciò era solo una memoria di un tempo più antico, nel quale il concetto che le cose ereditarie erano *sine domino* aveva più larghe applicazioni (7). Con esso si spiega l'antico principio *furtum hereditati non fieri* (8), temperato più tardi dal riconoscimento del *crimen expilatae hereditatis* (9). Allo stesso concetto si rannoda l'antica *usucapio pro herede.* Le cose ereditarie come *res nullius* avrebbero potuto essere acquistate con la pura occupazione. Non vi è traccia però che ciò sia mai avvenuto (10): fu invece riconosciuta l'*usucapio pro herede;* chi prende il possesso della eredità la usucapisce in un anno (11). Nei più recenti tempi della giurisprudenza romana i giureconsulti ebbero diverso concetto:

(1) Le fonti dicono *hereditas iacet:* L. 1, D. *De bon. pos. furiosi*, 37 3; L. 1, pr., D. *De suc. ed.*, 38, 9; L. 4, § 17, *De fideicom.*, lib. 40, 5; L. 13, § 5, *Quod vi aut clam*, 43, 24.

(2) Windscheid, *Pand*, III, § 531, n. 1. Conf. § 529, n. 8.

(3) Di ciò non si é mai dubitato dagli scrittori antichi e moderni. È una conseguenza logica dell'ordinamento della successione dei *sui*, e deriva direttamente dai noti passi di Paolo: Paul. *Sent. rec.*,, IV, 8, 6: *in suis heredibus a morte testatoris rerum hereditariarum* dominium continuatur. — L 11, D. *De lib. et post.* (28, 2): *In suis heredibus evidentius apparet* continuationem dominii *eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse*. A risparmiare una lunga citazion mi limito a citare: Glossa, *ad l.* 9, Cod. depositi (4, 34); A. Gomez, *Variae Resol.*, tom. I, cap. 9, n. 16, 17 (Napoli 1718); De Marinis, *Summa et observationes ad singulas decisiones Regiae Camerae, etc., Obs. ad dec.* 551, n. 10 (tomo IV, p. 566. edizione di Venezia, 1731). Il Gomez ed il De Marinis citano una lunga schiera di giureconsulti medioevali. Fra i moderni vedi Baron, *Pand.*, §§ 389, 420; Mühlenbruch, Cont. di Glük, 43, p. 40; De Crescenzio, in *Digesto* sop. § 2, n. 7. Dal principio dell'acquisto *ipso iure* dell'*hereditas* e dalla *continuatio dominii* deriva che da parte del *suus heres* non é possibile *in iure cessio* (Gai, II, 37, III, 87), e che contro di lui non é ammessa l'*usucapio hereditatis* (Gai, II, 58, III, 201); Conf. Voigt, *Die XII Tafeln* II, p. 371.

(4) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 85.

(5) L. 65, D. *De her. inst.* (28, 5) *servus hereditarius nullius est;* L. 13, § 5, D. *Quod vi aut clam* (43, 24); Conf. Pernice, *Labeo*, I, p. 358.

(6) Gai, *Inst.*, II, § 9, L. 1, pr. D., *De rer. div.*, 1, 8: *Quod humani iuris est, id plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse, nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt*.

(7) De Crescenzio, in *Digesto*, § 2, n. 8.

(8) Gai, *Inst.*, III, 201, *Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse.* L. 6, D. *Expilatae hereditatis* (47, 19); Paulus *Rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.* Conf. L. 69-71, D. *De furtis* (47, 2). Il giureconsulto Scevola tenta un'altra spiegazione, cioè che non vi ha furto se non vi è possessore, e che quindi l'eredità non avendo il possesso, non può aversi furto di cose ereditarie. Ma se ciò prova, come nota il Dernburg, che ai tempi di Scevola il principio era di difficile spiegazione, non si potrebbe peraltro assentire che non vi possa essere furto di cose altrui che non siano in possesso di alcuno. L. 1, § 15, D. *Si his qui testamento liber esse* (47, 4); Ulpianus *libro trigesimo octavo ad edictum: Scaevola ait possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri; idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet quae facti est et animi*. Conf. Dernburg, *Pand.*, III, § 61, n. 4.

(9) Sui tentativi di Nerazio, di Giuliano e forse di Servio di trasportare al caso l'a.° *furti*, vedi Pernice, *Labeo*, I, p. 362, L. 6, *Expil. her.* (47, 19); L. 68, 70, *De furt.* (47, 2); L. 76, § 1, *eod.* Sul *Crimen expilatae hereditatis*, che Marco Aurelio punì con pene pubbliche, vedi Tit. D. 47, 19, C. 9, 32. Conf. Rudorff, *R. Rechtsgeschichte*, II, § 122.

(10) Dernburg, *Pand.*, § 61. Il Dusi invece pensa che nel tempo più antico l'eredità giacente, come *res nullius*, fosse acquistata dal primo occupante. Dusi, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, p. 8, 9, Torino 1891.

(11) Gai, *Inst.*, II, § 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res sit quae recipit usucapionem. Quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur*. La ragione per la quale fu stabilito il tempo di un anno in §§ 53, 54 Tale *usucapio*, per mancanza della buona fede, parve a Gaio immorale (*improba possessio et usucapio*). Quanto alle ragioni per la sua introduzione Gaio (*Inst.*, § 55) dice: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur*. Contro questa opinione di Gaio vedi specialmente Hölder, *Beiträge zur Geschichte des Röm. Erbrechts*, p. 134, 135. Erlangen 1881. Conf. Dusi, o. c., p. 11. Alla spiegazione di Gaio si attiene Savigny, *Del possesso* (trad. ital., Napoli 1840, p. 89), e tra gli italiani Ascoli, *Studi sull'« usucapio pro herede »*, p. 4 e seg., Bologna 1887 (Estratto dall'*Archivio giuridico*, vol. XXXVIII). In generale sulla *usu-*

l'eredità rappresenta l'erede (1): l'eredità rappresenta il defunto (2); l'eredità ha una propria personalità giuridica come l'*universitas* (3). Queste diverse concezioni, espresse in varii frammenti (4), sono state la base delle teorie moderne sull'eredità giacente, che nei romanisti odierni sono ancora molto diverse.

**137.** Poichè le diverse concezioni già ricordate dai giureconsulti romani trovansi tutte riunite nella legislazione giustinianea, si sono fatti molteplici tentativi dai romanisti odierni per accordarle (5). Ma di essi qui non è necessario fare particolare esposizione; importa invece rammentare le fondamentali teorie degli scrittori moderni in rapporto alla natura dell'eredità giacente, quale si ha nel diritto romano, ed in qualunque legislazione che accetta il sistema dell'*aditio*. Molti romanisti ritengono ancora l'eredità giacente come una *persona giuridica* (6): altri accettano il concetto che l'eredità giacente rappresenta il defunto (7 e 8); altri infine, rannodandosi alla concezione che sia possibile esistenza di diritti senza subbietto (9), concepiscono in diverso modo l'unità perdurante dei rapporti patrimoniali nell'eredità tra la morte dell'*auctor successionis* e l'*aditio* (10).

---

*capio pro herede* vedi Hölder, o. c. e l. citati. L'*usucapio pro herede* fu dichiarata inefficace rispetto all'erede da un senatoconsulto del tempo di Adriano. Gai, *Inst.*, II, 57.

(1) Tale fu il concetto di Cassio: L. 28, § 4, *De stip. serv.* (45, 3): *Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est, Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successive.* Conf. i passi di Celso e di Florentino in L. 193, D. *De R. J.* (50, 17). L. 34, D. *De adq. vel omit. her* (29, 2). Lo stesso concetto è espresso chiaramente da Pomponio: L. 24, D. *De nov.* (46, 2): *Morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.*

(2) Tale fu il concetto di Giuliano: L. 33, § 2, D. *De adq. rer. dom.* (41, 1); Ulpianus *Nam et conditio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Iuliano placet: cuius et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis.* L'opinione di Giuliano, accettata come risulta già dal precedente frammento da Ulpiano, è dallo stesso Ulpiano chiaramente espressa nella L. 34 eod. t.: *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.* Nella L. 33 sembra che Ulpiano ritenesse prevalente l'opinione di Giuliano (*cuius valuit sententia*). Cf. L. 31, § 1, D. *De her. inst.* (28, 5); § 2, *Inst.*, *De her. inst.* (2, 14): *nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.....*

(3) L. 22, D. *De fidei c.* (46, 1); Florentinus *Hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas.* Cf. L 15, pr., *De usurp.* (41, 3); L. 61, *pr.*, D. *De adq. rer. dom.* (41, 1).

(4) Con un lavoro di confronto tra i varii frammenti che si riferiscono all'eredità giacente, e che per la natura del mio scritto non posso fare, si rileverebbe che qualche giureconsulto ha accettati in diversi frammenti concetti diversi; così Florentino, che nella L. 54, D. *De adq. vel omit. her.* (29, 2), sembra accettare il concetto della rappresentanza dell'erede (vedi sop. n. 1), nella L. 22, D. *De fideic.* (46, 1) si attiene al concetto della persona giuridica. Anche Paolo, che nella L. 6, D. *Expilatae hereditatis* (47, 19), rannodasi al vecchio concetto che l'eredità sia *res nullius, sine domino*, nella L. 138, D. *De R. I.* (50, 17), sembra riferirsi al concetto della rappresentanza dell'erede. In altri frammenti si esprimono concetti che possono accordarsi tanto con la teorica della rappresentanza dell'erede, quanto con quella della rappresentanza del defunto e della persona giuridica: così Ulpiano nella L. 20, § 3, *De her. pet.* (5, 3): *hereditas et augmentum recipit et diminutionem*, mentre lo stesso Ulpiano nella L. 3, § 6, *De neg. gestis* (3, 5), sembra prescegliere il concetto della personalità giuridica: *quoniam neque testatoris iam defuncti neque heredis qui nondum adiit negotium gessisse videtur*; ed in altri frammenti aveva accettato il concetto che l'eredità rappresenta il defunto. La L. 178, § 1, D. *De verb. sig.* (50, 16) dello stesso Ulpiano, si accorda con le tre teoriche: *Hereditas iuris nomen est, quod accessionem et decessionem in se recepit.* Anche l'espressione di Pomponio (*domini loco habetur hereditas*) L. 15, pr. D. *De interrog. in iure*, 11, 1, non è tale che non trovi la sua applicazione nelle tre diverse concezioni. Celso, che nella L. 193. D. *De R. D.* (50, 17) sembra tenersi al concetto della rappresentanza dell'erede, nella L. 13, § 2, D. *Ad Legem Aquil.* (9, 2) dice: *Dominus ergo hereditas habebitur.* Conf L. 31, § 1, *De her. inst.* (28, 5). Un tentativo di conciliazione fece già Modestino: L. 35, D. *De stip. verb.* (45, 2): *Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur.*

(5) Conf. De Crescenzio, in *Digesto*, § 2, *Sistema del diritto civile romano*, § 215, vol. II, Napoli 1869; Arndts, *Pand.*, § 465, ed in Weiske, *Rechtslexikon*, IV, p. 2-6; Sintenis, *Syst.*, § 159, n. 16; Baron, *Pand.*, § 389, ecc.

(6) Conf. De Crescenzio, Sintenis, Arndts, luoghi citati. Inoltre Mühlenbruch, in *Glück*, XLIII, p. 40 e seg. Blandini, *Del subbietto dell'eredità giacente nel diritto italiano storico e vigente* (*Antologia giuridica*, p. 35 e seg., vol. VI, Catania 1892). Contro Savigny, II, § 102, e tra i romanisti più moderni Ihering, *Iahrbuch*, X, p. 411, e seg.; Dernburg, *Pand.*, I, § 72, n. 7; Bekker, *Syst.*, § 18, *Beil.* III, § 42, *Beil.* II, § 60, *Beil.* I; Regelsberger, *Pand.*, p. 294-296, Leipzig 1893.

(7) Questa opinione è antica e rimonta alla Glossa. Vedi Pfaff und Hoffmann, *Com., z. öster. Gesetzbuche*, II, § 547. Conf. Wening Ingenheim, *Lehrbuch*, I:I, § 426; Thibaut, *Pand.*, II, § 715

(8) Una opinione isolata è quella del Blandini, il quale sostiene che l'eredità giacente nel diritto romano *è una persona giuridica che rappresenta la famiglia.* Vedi o. c. specialmente p. 37 e seg. Ammesso, come esplicitamente hanno sostenuto lo Scialoia ed il Bonfante, che l'*hereditas*, come successione universale fosse originaria nel diritto romano (conf. sop. p. 387, nota 6), e che la successione universale fosse più che altro una successione nella *familia* nel senso romano, si è autorizzati a spiegare l'eredità giacente come la perduranza della stessa *familia*; ma improprio è il concetto della *rappresentanza della famiglia.* Si può intendere il concetto dell'eredità giacente, come persona giuridica, che *rappresenta il defunto* (vedi sop. l. c.): il defunto è stato almeno una persona. La famiglia non è persona nel senso giuridico. Strana è dunque la rappresentanza che una persona giuridica ha di rapporti che prima dell'apertura della successione non costituiscono una unità personale, ma si appuntano ad una persona, al *paterfamilias.*

(9) Quanto agli scrittori pro e contra vedi in Windscheid, *Pand.*, § 49, nota 3.

(10) Conf. Unger, *Erbrecht*, § 7, nota 5; Dusi, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, p. 95-103. Mi limito qui ad accennare soltanto il concetto fondamentale di taluni autori, oltre quelli indicati nel testo: Brinz considera l'*hereditas iacens* come un *patrimonio per uno scopo*: lo scopo è di raggiungere l'erede e trasmettersi in lui. Egli trova però la differenza tra l'eredità giacente e gli altri patrimonii per uno scopo in ciò, che mentre in questi il patrimonio è *usato* per uno scopo, nella eredità giacente è soltanto *conservato*. Brinz, *Pand.*, II, § 228. (È nota la teoria di Brinz intorno alle persone

Il Ihering, distinguendo nel diritto il *lato attivo* dal *lato passivo*, concepisce la perduranza degli *effetti passivi del diritto*, cioè dello *stato di una giuridica colleganza*, come possibile, anche senza l'esistenza di un subbietto attuale, al quale i diritti si riferiscono: e con tali concetti spiega l'eredità giacente (1). Il Bekker, pur riconoscendo l'importanza della teorica del Ihering, la modifica in quanto nota che vi hanno diritti, dei quali non si può parlare di *lato passivo*. Il Bekker riconosce la possibilità dell'esistenza di diritti senza subbietto. In tutti i diritti sopra obbietti, egli dice, può pensarsi lo *stato obbiettivo del diritto*, l'esistenza collegata degli obbietti, indipendentemente dall'appartenenza di essi ad un subbietto, e nella maggior parte di essi un tale *stato obbiettivo* può anche esistere realmente, senza che appartengano ad un subbietto. E lo stesso Bekker spiega il concetto dello *stato obbiettivo*, in quanto tutti gli obbietti sottoposti ad un diritto subbiettivo trovansi in un certo *stato di legame*, che è certamente vario. Essi debbono prestare, fare, non fare, permettere che si faccia, *pati*. In tale situazione si trova l'*hereditas iacens* (2). Ora qui non posso discutere questa teorica generale dell'esistenza di diritti senza subbietto, la quale, se ha trovati insigni seguaci, ha pure avuti autorevoli oppositori (3), anche dal punto di vista filosofico del diritto. Senza entrare in particolarità, il concetto comune è che si abbia nell'eredità giacente un *patrimonio indipendente*, ma che esclude ogni personificazione, e non può essere concepito come una persona giuridica.

Ed importa ora il notare che la questione della possibilità di diritti senza subbietto, e quella speciale della natura dell'eredità giacente è stata fatta anche nel campo astratto della filosofia del diritto, ed anche qui si hanno concezioni del tutto opposte. Così il Wallaschek critica la teoria del Ihering, fondata sulla distinzione del *lato attivo* e *passivo* del diritto, ritiene che *pretesa* ed *obbligo* siano concetti correlativi, e che in ogni subbietto, al quale un diritto competa, si origina e termina tanto il lato passivo, quanto il lato attivo del diritto (l'*obbligo* e la *pretesa*): e riconosce, secondo l'antico concetto, nell'eredità giacente una persona giuridica (4). In un senso opposto lo Schuppe nega all'*hereditas iacens* il carattere di subbietto di diritto. Lo Schuppe dice: " Noi dividiamo, secondo la massima *divide et impera*, il patrimonio del defunto in crediti e cose lasciate, e nel caso denaro contante. Il denaro contante e le cose aventi un valore, quando manca il subbietto, non sono un reale patrimonio..... sono cose, che hanno quel valore, in grazia del quale il diritto obbiettivo, le costituisce obbietto del suo volere. Esse sono dunque un *patrimonio possibile*. Che il diritto obbiettivo non le lasci cadere in occupazione, ma le appropri al volere di un morto, e che regoli secondo una propria norma chi deve essere il proprietario di esse, nulla ha che fare con la nostra questione. Se qui non vi è alcuna difficoltà, non vi è neppure nella conseguenza, che questo complesso di valori deve essere garentito ed amministrato per l'erede, finchè questo non accetti ". Ed in rapporto ai debiti del defunto, lo Schuppe aggiunge: — Non vi ha alcun dubbio che la sicurezza degli affari commerciali richiede che essa sia, il più possibile, indipendente dal caso della durata della vita. Se il subbietto obbligato più non esiste, anche il relativo obbligo non esiste più; ma il volere del diritto obbiettivo stabilisce che il creditore possa essere soddisfatto; cioè che il patrimonio del creditore possa essere completato, integrato, ingrandito, con beni derivanti dal patrimonio del debitore..... L'interesse del creditore non è un interesse personale, ma reale, un interesse puramente del suo patrimonio, che è soddisfatto anche contro il volere del debitore, mediante l'esecuzione coatta, o che altri paghi per lui. In conseguenza non importa, che il denaro o le cose aventi un valore non siano più un *patrimonio proprio di una persona*, e che tutto al più possono essere designate come un *patrimonio possibile*. Infatti anche ciò è indifferente per l'interesse del creditore. Questi vuole e deve essere soddisfatto dai beni, che costituivano in vita il patrimonio del debitore, e dopo la morte di lui, sono rimasti come denaro, e cose aventi un valore. Non vi è dunque alcun bisogno della finzione della personalità giuridica dell'eredità giacente (5). — Questa dottrina dello Schuppe è certo non soddisfacente dal punto di vista giuridico: più soddisfacente è invece quella del Bekker. Non si può considerare disciolta l'unità patrimoniale, nè rispetto al futuro erede, nè rispetto ai creditori. Non rispetto al futuro erede, perchè egli succede *in universum ius;* non rispetto ai creditori, poichè il loro diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore non riguarda le singole cose ereditarie, disciolte, ma le cose nella loro unità giuridica. Il *patrimonio* del debitore è durante la vita di lui la garanzia comune dei creditori (art. 1949 Cod. civ.), e perdura in questa funzione nella sua unità anche dopo la morte del debitore, finchè non si confonde col patrimonio dell'erede; il che non si avvera che coll'adizione nel sistema del diritto romano e dei Codici, che come il sassone l'han seguito. Ed anche nel sistema dell'acquisto *ipso iure*, che secondo il nostro concetto è quello del Codice italiano, la confusione *definitiva* non avviene che con l'*accettazione*, poichè, fino a questa, vi è la possibilità della *rinuncia*. L'unità dunque delle cose ereditarie non è peranco definitivamente disciolta. Che anzi essa può essere mantenuta

giuridiche; vedine del resto la esposizione nell'opera citata del Dusi, p. 21 e seg.). Köppen concepisce un diritto, come *potere* del subbietto, solo nel suo esercizio; l'esercizio del diritto può essere temporaneamente sospeso, senza che con ciò sia alterata l'esistenza del diritto. Köppen, *Syst. des Erbrechts*, p. 239, 240, *die Ebschaft*, n. 9. Anche Bruns riconosce nell'*hereditas iacens* un patrimonio senza padrone. Realmente esso non è altro che un patrimonio giuridicamente conservato nella sua totalità finchè non abbia un nuovo padrone. Bruns in Holtzendorff, *Encyc.*, § 94.

(1) Ihering, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, X, 8.

(2) Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, p. 50-65.

(3) Contro questa dottrina si è dichiarato tra gli italiani De Crescenzio, in *Digesto*, § 2; tra i tedeschi Arndts, *Pand.*, § 21, n. 1, § 465, n. 1, in fine; Zitelmann, *Begrif und Wesen der s. g. juristischen Personen*, pag. 27 e seg., pag. 62 e seg., Lipsia 1873; Pfaff und Hofmann, *Commentar zur österr. allg. Gesetzbuche*, II, I, p. 32, ed altri citati in Windscheid, *Pand.*, I, § 49, n. 3.

(4) Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 153, 154, 177, 178, Leipzig 1889.

(5) Schuppe, *Der Begriff des subiektiven Rechts*, p. 356, 357, Breslau 1887.

nell'interesse del creditore mercè l'istituto della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede (conf. specialmente art. 2054, 2055 Cod. civ.). Ma trovo due cose notevoli da rilevare nella concezione dello Schuppe: l'una che in fondo le cose ereditarie nello stato di giacenza sarebbero come *res nullius* (una delle concezioni romanistiche, come si è notato); l'altra che le cose sono dal volere della legge serbate al futuro erede, ed alla garenzia dei creditori. Per la critica già fatta io direi, in quest'ultimo rapporto, che l'unità del patrimonio ereditario è l'effetto del volere della legge, che crea una tale unità al duplice scopo di serbare le cose ereditarie al futuro erede e di garentire i creditori.

Ma poichè questo scritto si dirige al diritto vigente, non importa fermarci ora sulla determinazione del concetto astratto dell'eredità giacente (conf. più innanzi n. 151): e quanto alla teorica, che prescelgo sotto l'impero del Codice italiano, essa trova il suo naturale posto, discorrendo in seguito dell'ordinamento odierno dell' istituto (conf. più innanzi n. 150).

**138.** Nel diritto tedesco non si ha l'*eredità giacente*. L'erede acquista *ipso iure* la proprietà ed il possesso dei beni ereditarii. Il *morto impossessa il vivo;* nè vi ha bisogno di un istituto che mantenga la continuità dei rapporti giuridici in un tempo intermedio, che si ha nel sistema dell'adizione (1).

**139.** Nel diritto comune italiano si seguirono i principii del diritto romano. L'*hereditas iacens* si ha nel caso della successione dell'*heres extraneus*, ma non in quella dei *sui* (2). Gli statuti italiani, che accettarono il principio dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità, non riconobbero naturalmente l'*hereditas iacens* secondo il carattere del diritto romano. Tuttavia v'hanno prescrizioni, che riguardano la eredità, pel caso che l'erede sia sconosciuto o rinunzii (3).

**140.** Quanto ai Codici moderni, il Codice austriaco riconosce l'istituto dell'eredità giacente cogli essenziali caratteri del diritto romano, in conformità del sistema seguito dallo stesso Codice rapporto all'acquisto dell'eredità (conf. sop. n. 32). Il Codice austriaco dice testualmente, § 547: " Prima che l'eredità sia accettata, si riguarda come ancora posseduta dal defunto ". La formula, che secondo l'Arndts (4), non è la migliore, è ispirata al concetto dominante all'epoca della formazione del Codice austriaco, che l'eredità giacente rappresenti il defunto (5). Anche il Codice sassone del 1863, ed anche esso in conformità del sistema dell'adizione, ha l'istituto dell'eredità giacente; e ad essa accenna specialmente nel § 2246: " Una eredità, che non è ancora adita dall'erede, può essere accresciuta per mezzo di acquisto e diminuita mediante obbligazione, in quanto ciò è possibile senza un atto del volere di chi acquista o di chi si obbliga ", e nel § 2247 è disposto che se tutti gli eredi sono sconosciuti, o se tutti gli eredi indugiano ad adire, nominasi un rappresentante dell'eredità; nel primo caso di ufficio del magistrato, nel secondo caso ad istanza dei creditori ereditarii, dei legatarii, degli eredi successivi e di coloro che hanno un diritto di aspettativa (6). Invece secondo il Codice prussiano, che come è noto, ha accettato il sistema dell'acquisto *ipso iure*, non vi ha vera eredità giacente. Il sistema del diritto prussiano è chiaramente esposto dall'Eccius: " Al momento della morte dell'autore della successione l'erede acquista la proprietà dell'eredità, senza bisogno di presa di possesso. Al *momento della morte*, anche se l'erede non abbia conoscenza della morte o della sua vocazione, anche se egli è incapace di agire, anche se in realtà il suo diritto ereditario siasi verificato per la rinuncia di un più prossimo erede, infine anche se egli è stato chiamato in un testamento e l'apertura del testamento avviene molto tempo dopo della morte. L'acquisto si compie da sè, di diritto. Il momento dell'acquisto è sospeso, se l'erede è chiamato sotto una condizione sospensiva o dopo un certo tempo fino all'avverarsi della condizione ed al giungere del termine. Ma anche in questo caso non vi ha alcuna eredità giacente. Nel tempo intermedio l'eredità appartiene agli eredi istituiti pel tempo intermedio, o agli eredi legittimi; questi sono esclusi dall'istituto sotto condizione od al termine solo all'avverarsi della condizione o del termine, ed il rapporto tra di essi è quello stesso dei *primi eredi* e

(1) Conf. Mittermaier, *Deuts. Privatrect*, II, § 466; Walter, *Deuts. Privatrecht*, § 412; Stobbe, *Deuts Privatrecht*, § 382, III; Heuster, *Inst. d. Deuts. Privatrechts*, § 178; Conf. Ciccaglione, in *Digesto*, *Successione (diritto intermedio)*, n. 55, 173.

(2) Conf. De Marinis, *Resolutiones iuris*, Lib. I, cap. 321, n. 9-11; *Summa et Observationes ad singulas decisiones Regiae Camerae Summariae Regni Neapolis, Ad decis.* 551, n. 9, 10 (Tom. IV, Venetiis 1731), ed i molti autori ivi citati. Vedi pure Gomez, *Variae Res*, Cap. IX, n. 17. Conf. sop. n. 2.

(3) Cf. Ciccaglione, *Il diritto successorio nella storia del diritto italiano*, p. 101, 102, Torino 1891 (Estratto dal *Digesto italiano*, v. *Successione* (diritto intermedio), ed in *Digesto*, n. 173). Il Ciccaglione, a mio parere, delinea esattamente il carattere dell'*hereditas iacens* negli statuti italiani che accettarono il principio dell'acquisto dell'eredità *ipso iure;* ed a ragione pensa che in essi il curatore dell'eredità giacente rappresenta l'erede. A ragione anche lo stesso autore nota che la voce *aditione*, quando è usata in quegli statuti, ha tutt'altro significato che l'*aditio* nel diritto romano. L'eredità giacente, nel carattere del diritto romano, non poteva aversi che per quegli statuti i quali avevano modificato il principio dell'acquisto *ipso iure* della eredità, ed avevano ammesso che il possesso continuasse solo dopo l'*aditio*. Cf. sop. p. 404, nota 4. Invece il Blandini, che pure rileva la differenza tra il concetto romano dell'eredità giacente, e quello degli statuti, pone in un fascio statuti di carattere diverso, nei quali diversi sono anche il concetto e la funzione dell'eredità giacente. Vedi Blandini, *Del subbietto della eredità giacente* (*Antologia giuridica*, VI, p. 54-55, e specialmente nota 2, p. 52, e nota 1, p. 53 e seg., Catania 1892).

(4) Arndts, *Pand.*, § 465, An. 2.

(5) Pfaff und Hofmann, *Com.*, § 547; Unger, *Erbrecht*, § 7; Zeiller, *Com.*, al § 547 (trad. ital., p. 30, Venezia 1815); Castelli, *Il Codice civile generale austriaco*, § 547, p. 491, vol. II; Mattei, *I paragrafi del Cod. austriaco ecc.*, p. 63, Venezia 1853.

(6) Conf. Grützmann, *König. Sächsis. Privatrecht*, vol. I, § 24, vol. II, § 235. Secondo il Grützmann nel Codice sassone è indifferente la questione: chi l'eredità rappresenti. Egli ritiene che essa sia un subbietto di diritto; poichè anche senza rappresentante può essere obbligata, in quanto ciò è possibile, senza un atto di volontà (§ 2246). Quanto agli obblighi del rappresentante vedi § 2248 Cod. sassone, che in generale applica nell'amministrazione dell'eredità giacente le prescrizioni sulla tutela dei minori. Quanto al diritto sassone anteriore al Codice del 1863 vedi Haubold, *Kön. Sächs. Privatrecht*, L, § 346.

degli *eredi successivi* „ (Istituiti e sostituiti fidecommissarii) (1).

**141.** Prescindendo da più particolari notizie, che si attengono al diritto comparato (2), quanto ai progetti di riforma dei Codici tedeschi, è a notare che mentre il Mommsen nel suo progetto contempla nel carattere dato dal diritto romano l'*eredità giacente*, e ciò in conformità del sistema dell'accettazione da lui seguito (3), il progetto ufficiale di Codice civile tedesco (prima lettura), non la riconosce nel suo essenziale carattere, in conformità del sistema dell'acquisto *ipso iure*. Però, come anche avviene pel Codice prussiano, talune prescrizioni riguardanti la conservazione del patrimonio lasciato dal defunto sono regolate in analogia all'ordinamento dell'eredità giacente, ma l'espressione *eredità giacente* (in tedesco *ruhende Erschaft*) non si trova usata nel testo (4).

**142.** Nel Codice francese una speciale sezione ha l'epigrafe *Des successions vacantes* (sez. IV, lib. III, tit. I). L'art. 811 è così formulato: " Lorsq'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour déliberer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante „. All'eredità vacante è nominato dal tribunale un curatore (art. 812). Accettata la trasmissione dell'eredità *ipso iure*, nemmeno nel Codice francese vi ha *hereditas iacens* nel senso del diritto romano, poichè non v'ha interruzione dei rapporti patrimoniali in un tempo intermedio tra l'apertura della successione e l'acquisto.

La *successione vacante* del diritto francese non è dunque una vera *eredità giacente* nel senso del diritto romano. La *successione vacante* poi non è da confondersi con la successione *en déshérence* (che non ha eredi): la prima si ha quando non si presenta alcuno per raccoglierla: la seconda quando non vi ha alcunò, salvo lo Stato, che abbia diritto a raccoglierla (5). Tuttavia nell'ordinamento della cura delle successioni vacanti, v'ha qualche analogia con l'ordinamento dell'eredità giacente (6), e ciò spiega come

---

(1) Eccius, *Preussisches Privatrecht*, IV, p. 532, 533; Förster, *Theorie und Praxis des heut. gem. preus. Privatrecht*, IV, p. 264 (3ª ed.); Dernburg, *P. Privatrecht*, § 99; Koch, *Das Preussische Erbrecht*, p. 537, 730. Gruchot, I, 58 e seg. Però nel diritto prussiano pel caso di erede sconosciuto e del nascituro si ha una *cura dell'eredità* (P. L. R., I, 9, § 471, *Vormundschaftordnung*, 5 luglio 1875, § 89). Fortemente controverso è nel diritto prussiano se il curatore rappresenti l'erede, o il defunto, o l'eredità. Secondo il Dernburg il curatore rappresenta l'erede non personalmente. Il curatore cura interessi reali, non personali; egli rappresenta l'eredità, e ciò riferiscesi solo mediatamente all'erede, in quanto l'eredità appartiene a lui. Dernburg, *P. Privatrecht*, § 216. Ma in contrario l'Eccius oppone che l'ordinanza per la tutela del 5 luglio 1875 non conosce alcuna *cura rei*, e che l'opinione del Dernburg è insostenibile anche rispetto al diritto territoriale prussiano (*Preussisches Landrecht*), nel quale pel principio *il morto impossessa il vivo* non si ha *hereditas iacens*. Eccius, *Preussisches Privatrecht*, IV, p. 228, n. 16.

(2) Quanto alle leggi e Codici svizzeri, conf. Huber, *Scweizerisches Privatrecht*, II, § 62. L'Huber nota in generale che secondo il dritto svizzero, riconosciuto l'acquisto *ipso iure* dell'eredità, non si può parlare di *hereditas iacens* nel proprio senso della parola.

(3) Mommsen, *Enturwf eines Deutschen Reichsgesetzes*, § 214, 218, *Motivi*, p. 278-283.

(4) Conf. il *Progetto ufficiale di Codice civile tedesco* (prima lettura) sotto l'epigrafe: *Fürsorge des Naclasgerichtes*, §§ 2058-2067. Pei motivi vedi *Motive*, V, p. 541-556. I compilatori del progetto, come già si è notato, han ritenuto l'acquisto *ipso iure* preferibile per l'unità e la semplicità della legge, ed esplicitamente affermano che in questo sistema non vi ha *hereditas iacens*. Conf. sopra n. 45. Secondo il § 2058 del progetto spetta al tribunale per le successioni di provvedere di ufficio alla sicurezza dell'eredità, se l'erede è sconosciuto, o non è in grado di aver cura di essa, perchè assente, incapace, e non ha rappresentante, o il suo rappresentante è assente. Se l'erede è sconosciuto, si nomina un curatore (Nachlasspfeger) (§ 2059). Al caso dell'erede sconosciuto rannodansi il caso dell'istituzione di un concepito e quello dell'istituzione di un ente da fondarsi (*Motivi*, V, p. 543, 544). I compilatori dichiarano che secondo il progetto si ha una *cura personae* e non una *cura rei*, poichè la cura dell'eredità è istituita per l'erede, e ciò in conformità dell'acquisto *ipso iure* (Motivi citati, p. 545, 546). Negli stessi motivi è citato pei raffronti al diritto romano Windscheid, *Pand.*, § 447, n. 4; ma nel diritto romano, secondo il Windscheid, la cura dell'eredità giacente è la cura di un determinato patrimonio.

(5) L'espressione di *bona vacantia* nel diritto romano indica l'eredità che non ha eredi, ed in consegnenza è devoluta allo Stato. Cod. *de bonis vacantibus et de incorporatione*, 10, 10. Conf. Arndts, *Pand.*, § 608; essa quindi risponde all'eredità *en déshérence* del diritto francese. I beni dell'eredità giacente sono detti *bona hereditaria vacua* nella L. 1, pr., *De suc. ed.*, 38, 9: *Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent*. Quanto alla differenza tra la successione *vacante* e la successione *en déshérence* conf. Toullier, IV, 294, 295, 306; Duranton, VI, 346; Marcadé, art. 811, n. 1; Puchelt, in *Zachariae*, IV, § 641, n. 1; Aubry e Rau, VI. § 641 in fine e nota 8; Arntz, II, 1468. — Quanto alla antica giurisprudenza francese, dalla quale il Codice francese derivò la denominazione di *successions vacantes*, l'Hureaux nota che essa non diede alla successione vacante un largo sviluppo. Vedi Hureaux, *Succ.*, II, n. 418. Anche nei lavori preparatorii del Codice francese si trova appena fatto cenno di questo istituto. Il Treilhard disse nei motivi: « Ma può accadere che non si presentino per raccogliere una successione nè parenti, nè figli naturali, nè sposi superstiti e neppure lo Stato. La successione allora resta vacante. Peraltro è necessario che chi ha dei diritti da esercitare su questa successione trovi un legittimo contradditore alle sue pretese, e la legge glie ne dà uno nella persona del curatore della successione vacante. Il progetto spiega in una sezione particolare come sarà nominato questo curatore, le formalità che deve adempiere, gli obblighi ai quali è tenuto; indica la cassa nella quale si debbono versare i fondi. Tutto è preveduto onde alcuna porzione d'attivo non sia sottratta, onde alcun diritto legittimo non sia eluso, onde il curatore, il quale non è che un agente della successione, non possa colla sua negligenza o colle sue infedeltà far torto ai creditori ». Vedi *Motivi per la formazione del Codice Napoleone*, vol. V, p. 79, 80, trad. ital., Milano 1806. Ed assai più brevemente Simeon nel suo discorso: *Una successione senza accettazione, o ripudio, diventa vacante*. Vedi *Motivi*, vol. citato, p. 232. Brevemente sulle successioni vacanti parlano i primi commentatori del Codice francese, come Maleville, art. 811. (trad. ital., V, p. 179, Milano 1803); Gin, *Analisi ragionata del diritto civile francese*, trad. it., vol. VII, p. 164, 165, Milano 1808.

(6) Conf. sop. n. 8. L'Hureaux dice: « Il ricordo dell'*hereditas iacens* esiste ancora presso di noi sotto certi rapporti. Come nel diritto romano l'eredità, prima della sua accettazione, è un essere di ragione, che rappresenta il defunto, astrazione

nella traduzione ufficiale italiana del Codice francese, la espressione usata *succession vacante* si traducesse con *eredità giacente* (1). E si è notato che anche nella giurisprudenza francese si accenna talora al concetto romano dell'eredità giacente (2).

Gli scrittori francesi discutono sulle condizioni per aversi la successione vacante a norma dell'art. 811. Aubry e Rau dicono che una eredità, scorsi i termini per fare l'inventario e deliberare, è reputata vacante, allorchè da una parte niun pretendente siasi presentato per reclamarla, e dall'altra parte non esiste alcun parente conosciuto che ne sia legalmente investito (*saisi*) (3). Invece l'Arntz formula due condizioni perchè la successione sia reputata vacante, cioè: 1° Che siano spirati i termini per fare l'inventario e deliberare; 2° Che non si presenti alcuno, che reclami la successione, cioè nè un erede nel senso proprio della parola, nè un successore irregolare, nè legatario, nè donatario universale, nè lo Stato (4). In conseguenza, mentre i primi ritengono che l'eredità non si reputi vacante, se in seguito alla rinuncia dei primi chiamati, si abbiano eredi conosciuti posteriori, di pien diritto investiti della successione, l'Arntz opina che basti che solo il primo erede rinunci. Ma su tale questione, e su altri raffronti tra il Codice civile francese e l'italiano avrò occasione di discorrere in seguito.

**143.** Tra le legislazioni italiane preesistenti al Codice civile italiano, il regolamento pontificio del 1834 conserva almeno per gli *extranei heredes*, l'istituto dell'eredità giacente, secondo il concetto del diritto romano, quantunque la formula del § 1570 evidentemente mostri l'influenza del Codice francese (5). Vi ha eredità giacente nel regolamento toscano del 7 agosto 1828 (art. 1-11); ma poichè nella legislazione toscana era accettato il sistema dell'acquisto di diritto, l'eredità giacente si accosta al tipo francese. Gli altri Codici italiani preesistenti rannodansi al Codice francese, e seguendo l'esempio del primo Codice italiano, quello napoletano del 1819, designano, come già la traduzione ufficiale, la *successione vacante* del Codice francese col nome di *eredità giacente*. Il Codice napoletano del 1819 riprodusse letteralmente l'art. 811 del Codice francese secondo la traduzione ufficiale napoletana (art. 730 Codice napoletano). Differenze di pura redazione si hanno negli altri Codici (art. 998 Cod. par.; art. 1094 Cod. sardo; art. 1015 Cod. estense) (6).

---

fatta dagli eredi *saisi*, nei limiti che comporta la *finzione*. Ma la nostra successione non ancora accettata differisce dall'*hereditas iacens* sotto il rapporto più importante. L'eredità francese, o almeno il complesso dei beni lasciati dal defunto, ha sempre un padrone, quantunque possa avvenire che tale padrone sia per lungo tempo più o meno conosciuto ». Hureaux, *Suc.*, II, 418. Non discuto se sia vera l'affermazione di questo scrittore che l'eredità rappresenti il defunto, quando essa ha un *padrone*. Ma è certo che nel diritto francese la *successione vacante* non può essere considerata in verun modo come una *persona giuridica*. Conf. Crome, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, p. 148 testo e n. 37, p. 148, Mannheim 1892. Vedi pure Dusi, *La eredità giacente*, p. 42, Torino 1891.

(1) Traduzione ufficiale del Codice francese, Sezione IV, *Delle eredità giacenti*, art. 811: « Quando, spirati i termini per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami l'eredità, o che non sia noto l'erede, o che gli eredi certi vi abbiano rinunziato, l'*eredità* si reputa *giacente* ». Vedi Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia. Edizione originale e sola ufficiale, Milano, Reale Stamperia, 1806. Qualche variante presenta la traduzione italiana pel Regno di Napoli. « Quando, spirati i termini per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami l'eredità, o non sia noto l'erede, o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente ». Vedi Codice Napoleone tradotto d'ordine di S. M. il Re delle Due Sicilie per uso de' suoi Stati. Edizione originale e sola ufficiale, Napoli, Stamperia Simoniana, 1809. Ad esempio dei traduttori del Codice francese, molti traduttori italiani di opere francesi tradussero *succession vacante* con *eredità giacente*. Vedi le traduzioni italiane del Maleville, Toullier, Duranton, Aubry e Rau. Oltre all'analogia potè forse condurre a tale traduzione l'espressione usata nella L. 1, pr., *De suc. ed.*, 38, 9.

(2) Così in una sentenza della Cassaz. francese, 19 ott. 1886, *Journal du Palais*, 1887, 1, p. 943. Conf. Dusi, *L'eredità giacente*, p. 42, n. 2. Riscontra anche Bernardi, *Diritto civile francese*, trad. ital., vol. III, p. 180, Milano 1866. Nella sentenza citata è detta l'eredità *ente morale*. Più esplicitamente, ma erroneamente, il Bernardi: *La successione è vacante allorchè non esistono eredi conosciuti... essa non appartiene a nessuno; è in certo modo abbandonata o giacente... La successione allora fa le veci in qualche maniera della persona del defunto. Essa è un essere fittizio che lo rappresenta e ne esercita i diritti.*

(3) Aubry e Rau, VI, § 641.

(4) Arntz, II, 1467.

(5) *Reg. pont.*, § 1570: « Se, trascorsi i termini per fare inventario e per deliberare, niuno si presenta a chiedere l'eredità, ovvero non sia noto l'erede, o l'erede conosciuto vi abbia rinunziato, questa eredità si reputa giacente ». Quanto i termini si è rimandati al § 1559: « Saranno osservate le disposizioni del diritto comune relativamente ai termini per deliberare e per fare inventario ». In conseguenza erano applicate le prescrizioni del diritto giustinianeo, che fissò ad un anno il *tempus deliberandi*, se veniva chiesto all'imperatore, ed a nove mesi se fosse chiesto al giudice. L. 22, § 13. C. *De iure deliberandi, et de adeunda, vel acquirenda hereditate*, 6, 30. Conf. Windscheid, *Pand.*, § 598, n. 2; Rocchetti, *Delle leggi romane abrogate, inusitate e corrette nello Stato Pontificio*, Parte V, p. 41, 42, Fano 1847. Quanto all'inventario esso doveva cominciare entro un mese dalla notizia della delazione, e compiersi entro due mesi. L. 22, § 2, 3, Cod. tit. cit. Conf. Windscheid, *Pand.*, § 606, n. 1; Rocchetti, *Delle leggi comuni ecc.*, Parte V, p. 42. Pei riferimenti al diritto romano in caso di successione di *sui*, che nel diritto pontificio erano tutti i figli, vedi §§ 1555, 1569. Conf. Rocchetti, op. e loc. cit., p. 52, e decisioni della Rota romana ivi riferite. Per l'ordinamento romano in seguito all'anteriore *Motu proprio* di Leone XII del 1824, vedi art. 938-945, 985 e segg. dello stesso. — La Corte di cassazione di Roma in un caso nel quale si aveva ad applicare il diritto comune, ed in cui l'eredità non era stata adita, disse, in conformità dell'opinione comune, che essa rappresenta il defunto. Cass. Roma, 5 aprile 1876 (*Foro it.*, I, I, 647-650). Conf. pel sistema del diritto pontificio, sop. n. 47.

(6) Cod. Napoletano del 1819, art. 730: « Quando, spirati i termini per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami la eredità, o non sia noto l'erede, o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente ».

Cod. parmense, art. 938: « Se trascorsi i termini per fare l'inventario e per deliberare niuno si presenta a chiedere la eredità, o non sia noto l'erede, o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, questa eredità si reputa giacente ».

**144**. Un certo interesse presentano le varie formule proposte per le condizioni dell'eredità giacente nei successivi progetti, che prepararono il Codice vigente, ed è opportuno riferirne testualmente gli articoli.

Progetto di revisione del Codice civile albertino, presentato al Parlamento dal ministro Cassinis (1860). Art. 1181: " Quando non sia noto l'erede, o abbiano rinunziati gli eredi testamentarii o quelli che nella successione legittima sono in primo luogo chiamati, l'eredità si reputa giacente, e si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore ".

Progetto di Codice civile del Regno d'Italia, compilato dalla commissione ministeriale nominata dal Cassinis (1861). Art. 1086: " Quando spirati i termini per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami un'eredità, o che non sia noto l'erede, o che gli eredi certi vi abbiano rinunciato, questa eredità si reputa giacente " (1).

Progetto Miglietti (1862). Art. 1016: " Quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentari o legittimi chiamati in primo luogo abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente, e si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore ".

Progetto Pisanelli (1863). Art. 948: " Quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentarii o legittimi chiamati in primo luogo abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente, e si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore ".

Progetto del Senato (1864). Art. 1009: " Quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentarii o legittimi abbiano rinunciato, l'eredità si reputa giacente, e si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore ".

**145**. Il Codice italiano sotto l'epigrafe: *Dell'eredità giacente* nell'art. 890 si è attenuto al testo del progetto del Senato, e lo ha letteralmente riprodotto. Codice italiano, art. 980: " Quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentarii o legittimi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente e si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore ". Innanzi tutto è da notare che salvo il progetto della commissione del 1861, tutti i successivi progetti, cominciando da quelli del Cassinis del 1860, soppressero la condizione per la giacenza dell'eredità, che siano trascorsi i termini per fare l'inventario e per deliberare, come era stabilito nel Codice francese ed in tutti i Codici italiani preesistenti. Non ho trovata indicata nei lavori preparatorii la ragione di questo cangiamento. Può darsi che questo sia il caso dell'elemento inconscio, che talora si ha nella legislazione? Non mi pare che ciò si possa ammettere. È da supporre che i compilatori del Codice di fronte alle controversie degli scrittori francesi sulle condizioni dell'eredità giacente stabilite dall'art. 811, le abbiano volute risolvere dando un preciso ed incontestato carattere all'istituto. E la variazione, apparentemente lieve, è di grande importanza. Sotto l'impero del Codice italiano non è più possibile sostenere il concetto che l'eredità giacente si ha, come vuole l'Arntz, sotto le condizioni che siano scorsi i termini per deliberare e per fare l'inventario e che non si presenti alcuno per reclamare l'eredità; e che in tal caso l'erede è presunto *sconosciuto* (2); poichè è soppressa quella parte dell'art. 811 del Codice francese, che ne è la base. Secondo l'art. 980 due sono i casi di eredità giacente: 1° che l'erede non sia noto; 2° che gli eredi testamentarii o legittimi abbiano rinunziato. Le condizioni per l'eredità giacente nel primo caso sono quindi quelle condizioni, per le quali un erede si possa dire *non noto*, o *sconosciuto;* e nel secondo caso trattasi di vedere, se basti per aversi l'eredità giacente che l'erede noto, primo chiamato, rinuncii. Esaminerò in precedenza questi due casi; esaminerò quindi se oltre ad essi sianvi altri casi, ed infine esporrò la mia opinione intorno al carattere dell'istituto dell'eredità giacente nel diritto vigente italiano.

**146**. Quanto al primo caso, se vi è testamento, l'erede è noto, se risulta in esso designata una persona come tale. Nel testamento pubblico, colui, che è designato come erede, è già noto anche prima dell'apertura della successione. Nel testamento segreto l'erede si fa noto con l'apertura e pubblicazione del testamento (art. 915). Nel testamento olografo, socialmente parlando, vi può essere una notorietà della istituzione anche prima delle formalità stabilite negli art. 912, 913, 914 del Codice civile. Ma l'erede noto è definitivamente stabilito con la pubblicazione ed esecuzione del testamento olografo a norma dell'art. 914 Codice civile. Nel caso della successione *ab intestato*, l'erede è noto, quando è conosciuta la persona, che è chiamata a raccogliere l'eredità nell'ordine o classe dei successori legittimi, come discendenti legittimi, figli naturali, ascendenti legittimi, coniuge, parenti legittimi entro il decimo grado, genitori naturali. La notorietà della persona chiamata dalla legge nel rispettivo ordine o classe è data dal pubblico giudizio della società, e specialmente dalla fama pubblica nel domicilio e nella residenza del defunto. E così positivamente determinate le condizioni per l'erede noto, che escludono l'eredità giacente, l'erede è ignoto se non vi ha testamento, nè si conosce che il defunto abbia discendenti legittimi o naturali, ascendenti, coniuge, parenti legittimi entro il decimo grado, e sotto le stesse condizioni nel caso che non si conosca l'esistenza del testamento olografo. Si è osservato che nel sistema della nostra legge potrebbe dirsi che

---

Cod. sardo, art. 1034: « Quando, spirati i termini prefissi dagli articoli 1014 e 1016 per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami un'eredità, o che non sia noto l'erede, o che gli eredi certi vi abbiano rinunciato, quest'eredità si reputa giacente ».

Cod. estense, art. 1015. Conforme letteralmente all'art. 938 Cod. parmense.

Confrontando i testi dei precedenti Codici italiani col Codice francese risulta che il Codice napoletano, il parmense e l'estense si attennero alla traduzione ufficiale del Codice francese pel Regno di Napoli, traducendo *les héritiers connus* per gli *eredi conosciuti*, ed il Codice sardo alla traduzione ufficiale pel Regno d'Italia, traducendo le stesse parole con *gli eredi certi*.

(1) Il progetto in questo articolo riprodusse, salvo la semplice soppressione del rimando espresso agli articoli relativi ai termini per l'inventario e per deliberare, l'art. 1034 del Codice sardo.

(2) Arntz, II, 1467. Questo autore si appoggia alle parole di Treilhard citate. Conf. Hureaux, *Suc.*, II, p. 675. Un diverso concetto, come già si è notato, in Aubry e Rau, VI, § 641. Conf. Maleville, art. 811; Duranton, VII, 60; Demolombe, XV, 404; Zachariae, IV, § 641.

esiste sempre un erede noto, e questo è lo Stato (1). Qui non è il caso di risolvere l'antica questione, se l'erede succeda *iure occupationis* nei beni vacanti e senza padrone, o *iure hereditatis*, come un vero erede. In ogni modo, ammesso anche il carattere di erede nello Stato, v'ha nella successione di esso (secondo lo stesso sistema del Codice) qualche anomalia. E che l'esistenza dello Stato non è compresa nell'ipotesi della legge dell'*erede noto*, che esclude la eredità giacente, è fatto chiaro dallo stesso art. 980. Imperciocchè se lo Stato fosse compreso tra gli *eredi noti*, poichè esso è sempre *noto*, il caso di eredità giacente a causa di eredi ignoti mai si verificherebbe. La legge deve essere interpretata in armonia del suo sistema, e non è esatta la spiegazione storica, chè dà qualche scrittore, cioè che l'art. 980 risenta del significato della parola *eredi* nel diritto francese, ove cioè a rigore *eredi* sono solo gli eredi del sangue (2). E questa spiegazione è tanto più inesatta, in quanto anche in Francia per l'art. 811 si discute qual senso debba darsi alla parola *erede* (héritier) dell'art. 811, e se un successore irregolare, p. es., figlio naturale, o un legatario universale conosciuto, che si presenti, ed anche lo Stato, escludano l'*eredità vacante* (secondo l'espressione del Codice francese) (3). Ma qui sorge la questione, se lo Stato debba aspettare trenta anni, prima che egli possa reclamare l'eredità, o in altri termini, se lo stato di giacenza dell'eredità debba durare trenta anni, se durante questo tempo un erede legittimo o testamentario non si presenti come tale. Sembra che il Pacifici professi questa opinione, poichè egli dice: " In capo ai trenta anni dall'apertura della successione, in cui contro tutti gli eredi, meno lo Stato, rimane prescritta la facoltà di accettare l'eredità, l'eredità diviene realmente vacante, e lo Stato può farla sua " (4). Io dubito della esattezza di questa soluzione. In Francia, se si presenta lo Stato e chiede il possesso dei beni (art. 768 Cod. franc.), ritiensi che non si dà luogo ad *eredità vacante* nel senso dell'art. 811 dello stesso Codice (5). Aubry e Rau, precisando il concetto, dicono che lo Stato, che reclami la successione, non acquista irrevocabilmente i diritti su di essa, se non prescritta la facoltà di accettare, quindi che bisogna distinguere due specie di eredità *en déshérence*, l'una soltanto presunta e revocabile, l'altra definitiva ed irrevocabile; e questa si avrebbe nel caso che la facoltà di accettare sia estinta per la prescrizione trentennale (6). Un tal ragionamento, rigorosamente giuridico sotto l'impero del Codice francese, non potrebbe ripetersi letteralmente sotto l'impero del Codice italiano; a meno che non si sostenesse che lo Stato, malgrado la soppressione della designazione, sia un *successore irregolare*, che succede non *iure hereditatis*, ma *iure occupationis* sui beni senza padrone. Or questo ultimo punto è controverso nel diritto italiano, ed è a rimandarne la soluzione in quella parte delle successioni legittime, nella quale trattasi della successione dello Stato.

Ma riservando questa questione, se non esistono eredi conosciuti, opino che lo Stato non debba aspettare trenta anni per reclamare l'eredità ad esso dovuta in forza dell'art. 758 Cod. civ. Lo Stato si mette in possesso dell'eredità e si pone nella stessa posizione, nella quale può trovarsi un successibile di ulteriore grado, quando egli si creda erede, ed invece più tardi altro successibile più prossimo reclama l'eredità con la *petitio hereditatis*. Non direi qui, usando analogamente le espressioni di Aubry e Rau, che si tratti di un periodo di presunzione di vacanza (*bona vacantia* secondo il concetto e la frase del diritto romano), e nel secondo (dopo i trenta anni), di un periodo di vacanza effettiva (7); ma piuttosto in questo secondo caso che effettivamente l'eredità siasi devoluta al patrimonio dello Stato per mancanza di persone chiamate a succedere in preferenza (art. 758); e che nel primo caso lo Stato si trova nella stessa posizione di un erede apparente, che può o no rimanere stabilmente nella posizione di erede, secondo che la facoltà di accettare per chi a lui deve essere preferito si trovi prescritta nel trentennio, ovvero, prima che sia scorso il trentennio, questi reclami l'eredità. Ma da un lato l'amministrazione dello Stato deve essere cauta nel reclamare eredità, per le quali esistono le condizioni della giacenza, e preferire che questa rimanga per un certo tempo in questo stato, se essa non può provare che altri eredi chiamati dalla legge e preferibili allo Stato non esistono; dall'altro, in caso di contestazione giudiziaria, decideranno i tribunali.

**147.** Il secondo caso di eredità giacente è che gli eredi testamentarii o legittimi abbiano rinunciato.

Ma qui sorge la questione, se per aversi eredità giacente, basti che rinuncii soltanto il primo chiamato, ovvero sia necessario che rinuncino tutti i successivi eredi chiamati per testamento o *ab intestato*, finchè si pervenga ad un erede ignoto o allo Stato. La questione si agita in Francia, si è fatta sotto l'impero dei Codici preesistenti, e si riproduce nel diritto vigente.

La fondamentale ragione degli scrittori francesi in sostegno della prima opinione è che la legge non ha potuto costringere i creditori a percorrere tutta la scala dei successivi chiamati, che secondo il Codice francese, trattandosi di successione *ab intestato*, stendesi fin al dodicesimo grado. Il Duranton osserva che i creditori agendo successivamente contro gli eredi, e provocando successivamente le loro rinunzie, andrebbero incontro a forti spese, le quali poi andrebbero a carico dell'eredità, la quale si troverebbe così scemata nel suo valore (8). E si aggiunge che la contraria dottrina contraddice anche alla antica dottrina francese, all'antica giurisprudenza, ed alle dichia-

(1) Pacifici, *Succ.*, VI, n. 246.

(2) Dusi, *L'eredità giacente*, n. 58. Analogamente Ricci, *Diritto civile*, IV, 79.

(3) Che anche quando l'eredità sia reclamata da un successore irregolare si abbia nel diritto francese *eredità vacante* è sostenuto da Toullier, IV, 292. Ma in contrario una lunga serie di autori: Chabot, all'art. 773, n. 3; Favard, *Rép.*, voce *Succession*, *Sec.* IV, § 4, n. 3; Maleville, all'art. 811; Duranton, VII, 60; Demolombe, XV, 404; Zachariae, IV, § 641, testo e nota 1; Hureaux, *Succ.*, II, n. 425, 426; Arntz, II, n. 1467. Tale opinione è fondata anche sulle parole di Treilhard riferite più addietro.

(4) Pacifici, *Succ.*, VI, n. 246.

(5) Conf. autori citati in nota 1.

(6) Aubry e Rau, VI, § 641, in fine.

(7) Secondo l'espressione di Aubry e Rau, *hérédité présume en état de déshérence — hérédité tombe définitivement en déshérence*. Aubry e Rau, l. cit.

(8) Duranton, VII, 61, 62.

razioni del Treilhard (1). Inoltre l'Arntz dice: il testo dell'art. 811 Cod. franc., non esige *congiuntivamente*, che non si presenti veruna persona e che non vi sia erede sconosciuto; ma la disgiuntiva *o*, che precede l'ultima ipotesi (*o* che gli eredi sconosciuti abbiano rinunziato) si intende precedere anche la prima ipotesi (2). In altri termini l'Arntz interpreta l'art. 811 precisamente come l'intesero gli autori della traduzione ufficiale di quel Codice: " Quando spirati i termini per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami l'eredità, *o* non sia noto l'erede, *o* gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente " (3); ed in conseguenza come esso fu riprodotto nel Codice napoletano (art. 780), e sostanzialmente in tutti i Codici italiani preesistenti. Ma a parte l'osservazione che letteralmente il testo dell'art. 811 Cod. franc. non contiene la disgiuntiva *o* nella prima ipotesi, il testo stesso del Codice napoletano e gli articoli corrispondenti dei Codici italiani preesistenti fecero riprodurre la questione in Italia (4). Questa non è dunque risoluta dall'apporre nella prima ipotesi la disgiuntiva *o*, e la soluzione data dall'Arntz è conseguenza della sua dottrina sull'eredità vacante, poichè egli sostiene che l'unica condizione della vacanza secondo l'art. 811 sia il non presentarsi di un erede entro i termini per deliberare e fare l'inventario; d'onde la presunzione che l'erede non sia noto. È a ricordare anche l'opinione dell'Hureaux, il quale dice che quando l'erede di primo grado rinuncia, quantunque per gli eredi di ulteriore grado si abbia la *sesina*, si considera come se si fossero astenuti, salvo immistione (*sufficit abstinuisse*) (5). Ma dall'altro lato Aubry e Rau osservano che combinando gli articoli 724 e 786 del Codice francese, risulta che rinunziando i parenti più prossimi si ha la *saisine* pel successivo chiamato, e questi deve essere considerato come investito di essa sin dal momento della morte del defunto; e quindi anche per lui debbono avere effetto tutte le conseguenze della *sesina*, e sopratutto quella dell'art. 811. E soggiungono che gli inconvenienti di questa seconda opinione sono più immaginarii che reali, poichè è probabile che per due o tre rinuncie successive al più, gli eredi successivi saranno ignoti, e l'eredità si troverà per tal guisa in istato di vacanza (6). In Italia ha sostenuto sotto l'impero del Codice sardo la prima opinione il Pastore (7), e sotto l'impero del Codice vigente la sostengono il Borsari e il Lomonaco (8). Il Borsari si contenta di dire che è *evidentissimo* che il legislatore parli degli eredi prima chiamati (9): il Lomonaco, come il Pastore, invoca l'equità, non potendosi costringere gli eredi a percorrere tutta la serie dei successori legittimi sino al decimo grado, pur riconoscendo che l'opinione opposta sarebbe più conforme ai principii rigorosi del diritto.

Dall'altro lato sotto l'impero del Codice sardo seguono la seconda opinione il Merlo ed il Precerutti (10), e sotto l'impero del Codice vigente l'accettano il Pacifici (11), il

(1) Arntz, II, 1467. Per l'antica dottrina francese è citato Pothier, *Introduction au titre XVII*, n. 67, *de la coutume d'Orléans;* per la giurisprudenza sono citate le decisioni del Parlamento di Parigi, 21 genn. 1625, 28 marzo 1702, 25 aprile 1735. Ad attenuare l'argomento che se ne deriva, vedi Aubry e Rau, VI, § 641, n. 3.

(2) Arntz, op. e loc. cit.

(3) Cito la traduzione ufficiale napoletana, che in questo punto mi pare migliore per la forma più italiana, ed anche per la fedeltà, serbando il concetto genuino del testo, dicendo *o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato*. Del resto la considerazione non varia confrontando la traduzione del Codice francese pel Regno d'Italia. Conf. sop. p. 462, n. 1. Analogamente i traduttori del Codice francese in latino così tradussero l'articolo 811: *Quoties elapsis dilationibus ad inventarium et ad deliberandum statutis nemo hereditatem petat, aut ignoretur heres, aut heredes noti repudiaverint, hereditas pro iacente habetur*. Vedi nella trad. ufficiale pel Regno d'Italia, edizione già citata, in calce all'art. 811.

(4) Il Codice di Baden (Das Badische Landrecht), che è una diretta derivazione ed in gran parte traduzione del Codice francese, così formula l'art. 811: « *Wenn nach Ablauf der Erbverzeichnisfrist und der Bedenkzeit Niemand erscheint, der ein Erb-oder Erbfolgerecht anspricht, auch kein Erbe bekannt ist, oder die bekannten Erben auf die Erbschaft Verzicht getan haben, so wird das Vermögen als erblos oder die Erbschaft als ledig angesehen* ». I tedeschi chiamano l'*eredità vacante* nel senso del diritto romano *die erblose Erbschaft*, nel senso del Codice francese *die ledige Erbschaft*. Vedi Windscheid, *Pand.*, III, § 662; Zachariae, IV, § 641. Per l'*hereditas iacens* nel senso del diritto romano usano più comunemente l'espressione *die ruhende Erbschaft*, ma anche *die liegende Erbschaft*. Vedi Windscheid, III, § 531; Baron, *Geschichte des Röm. Rechts*, I, *Institutionen*, p. 280. Berlin 1884. Il Windscheid nota che tutte queste espressioni ed altre usate non rispondono perfettamente al concetto dell'espressione latina *hereditas iacens*. Windscheid, luogo citato, nota 3. Ora il diritto territoriale di Baden ha usate le due espressioni, che *il patrimonio deve essere considerato* als erblos (*vacante* nel senso del diritto romano) *ovvero l'eredità* als ledig (*vacante* nel senso del diritto francese). Io non saprei se tale specificazione agevoli o renda più difficile la determinazione del concetto dell'istituto. In ogni modo si noti la differenza della redazione tedesca dalla traduzione italiana; nel tedesco si è aggiunto la congiunzione *auch*, che non è nel testo francese, nell'italiano l'*o*, che non vi è neppure. Ma con amendue tali aggiunte non mi pare siasi risoluta la questione fondamentale, già accennata sopra n. 142, nè se basti la rinuncia dei soli chiamati in primo luogo.

(5) Hureaux, *Succ.*, II, p. 684, 685 e nota 1. Seguono la stessa opinione Chabot sull'art. 811, n. 2; Delvincourt, II, p. 108; Merlin, *Rép.*, v. *Curateur*, § 3, n. 1; Toullier, IV, 397; Demolombe, XV, 408; Zachariae, IV, § 641.

(6) Aubry e Rau, VI, testo e nota 3. Seguono la stessa opinione: Laurent, X, 187; Puchelt su Zachariae, IV, § 641, n. 2.

(7) Pastore, *Comm. al Codice civile sardo*, IX, p. 366-368.

(8) Borsari, III, I, art. 980, § 2103; Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, p. 221, 222. Inoltre Cattaneo e Borda, a. 980.

(9) Il Borsari dice (o. c., p. 1137, n. 6): « *evidentissimo* nell'accenno ai testamentari, che pone in prima linea, non essendovi altri testamentari dopo di essi ». Ma questo è errore, poichè vi possono essere istituiti in primo luogo, e sostituiti.

(10) Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, p. 214. Napoli 1848; Precerutti, *Elementi di diritto civile*, II, 2ª ed., n. 671.

(11) Pacifici, *Trattato delle successioni*, VI, p. 453. Firenze 1876. Il Pacifici nelle sue *Istituzioni* aveva accettata l'opinione opposta. Vedi *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 409, 2ª ediz. Firenze 1872. Confrontando l'epoca delle due pubblicazioni risulta che l'opinione espressa nel trattato delle successioni è la più recente, e che quindi l'altra deve ritenersi da lui rifiutata. Nè monta se nella terza edizione delle istituzioni, pubblicata dopo la morte del compianto amico, leggesi invariata la stessa opinione espressa nella seconda edizione. Vedi *Istituzioni*, 3ª ed., VI, p. 597. Firenze 1889. Chi ha curata questa

Fulci (1), il Losana (2), il Ricci (3), il Chironi (4), il Dusi (5). E tale opinione seguo anche io. Essa è la conseguenza logica della teorica da me sostenuta per l'acquisto dell'eredità *ipso iure*. Quando esistono eredi noti, siano di primo o di secondo grado, non può esserci eredità giacente, finchè dopo la rinuncia di uno di essi non ci si incontri in un erede sconosciuto. Se il primo chiamato rinunzia all'eredità, si ha la delazione nel successivo, e questi acquista l'eredità *ipso iure* con effetti retroattivi al momento dell'apertura della successione, e ciò per la retroattività della delazione e della rinuncia (art. 945. Conf. sopra n. 20, 104). E questo sistema, a parte le osservazioni degli Aubry e Rau, che se ne sono esagerati gli inconvenienti anche in Francia, è sotto l'impero del Codice italiano ancor meno pregiudizievole ai creditori, i quali possono invocare l'art. 951, e percorrere rapidamente la serie dei successivi chiamati (6). Nè col sistema della nostra legge possono essere danneggiati, se l'erede, chiamato in forza dell'art. 951, dichiari di voler accettare col beneficio dell'inventario, poichè egli durante i termini per fare l'inventario e per deliberare è considerato come curatore dell'eredità giacente, ed a sufficienza provvede l'art. 964, capoverso (7). E se si accetti l'interpetrazione dell'art. 951, già precedentemente data (confronta sopra n. 87), cioè che l'azione da esso derivante (*actio interrogatoria*) competa non solo ai creditori, ma anche ai legatarii ed ai successivi eredi, mentre da un lato si ha un temperamento al troppo lungo termine di trenta anni per accettare (art. 943), si diminuiscono anche i casi, nei quali i creditori sian costretti ad attendere ancora qualche tempo prima che l'eredità stessa si reputi giacente, e ad esercitare essi stessi l'azione derivante dall'art. 951. E poichè nell'art. 951 il termine da prefiggersi all'erede per dichiarare se accetti o rinunzii l'eredità è lasciato all'equo apprezzamento dell'autorità giudiziaria, questa terrà conto nello stabilirlo anche dell'ipotesi che si ritardi a scapito dei diritti dei creditori la giacenza dell'eredità.

Questa opinione è confermata dalla storia dei successivi progetti che precedettero il Codice italiano. Difatti nel progetto di revisione del Codice civile sardo presentato dal Cassinis la questione era testualmente risoluta nel senso che bastasse la rinuncia *degli eredi testamentarii o di quelli che nella successione legittima sono in primo luogo chiamati* (art. 1131) (8). Il progetto compilato dalla Commissione ministeriale (1861) modificò l'articolo precedente, e il caso di rinuncia fu previsto con le parole: *o che gli eredi certi vi abbiano rinunziato* (articolo 1086). Il successivo progetto Miglietti alla sua volta portò anche modificazioni, e disse chiaramente che l'eredità si reputa giacente quando *gli eredi testamentarii o legittimi chiamati in primo luogo vi abbiano rinunziato* (art. 1016). Il Pisanelli riprodusse l'articolo del progetto Miglietti nel suo progetto (art. 948); invece il progetto del Senato disse in generale (art. 1009) che l'eredità si reputa giacente quando *gli eredi testamentarii o legittimi vi abbiano rinunziato* (9). E, come si è visto, l'art. 980 del Codice italiano è letteralmente derivato dal progetto del Senato. E si osservi che nel progetto della Commissione (1861) poteva sorgere la questione se fosse necessaria, non pure la rinuncia degli eredi istituiti, ma anche dei sostituiti, ed il progetto Miglietti, seguito dal Pisanelli, risolvè la questione chiaramente che bastasse la rinunzia dei primi. Ora se il Codice italiano ha variata la formula del progetto Miglietti, se invece di risolvere le questioni esplicitamente nel senso che bastasse la rinunzia dei chiamati in primo luogo, ha usata la generale formula, in plurale, che si reputa l'eredità giacente *quando gli eredi testamentarii o legittimi vi abbiano rinunziato*, o deve ritenersi che i compilatori lo facessero inconsciamente, il che non deve facilmente ammettersi nella interpetrazione della legge; ovvero deve ritenersi secondo un concetto rigorosamente giuridico e conforme al sistema della legge, che sia necessaria la rinunzia dei successivi eredi chiamati, sia per testamento, sia per legge.

Cosicchè, in conclusione, sotto l'impero del Codice italiano i principii del diritto dallo stesso seguito e i lavori preparatorii menano a ritenere l'opinione che non pure i primi chiamati alla successione, ma tutti i successivi debbano rinunciare, se noti, salvo lo Stato, per aversi l'eredità giacente. Ma malgrado l'autorità degli scrittori, di sopra citati, la giurisprudenza si è manifestata per la contraria dottrina (10).

**148**. Già si è notato (sopra n. 134), che nel diritto ro-

terza edizione avrebbe dovuto avvertire che il Pacifici aveva mutato avviso.

(1) Fulci, *Successioni testamentarie*, § 150.

(2) Losana, *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, n. 369.

(3) Ricci, *Diritto civile*, IV, 81.

(4) Chironi, *Ist.*, II, p. 367.

(5) Dusi, *La eredità giacente*, p. 128, 129. Conf. inoltre Lesen, *L'eredità giacente*, monografia pubblicata nella *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, anno 1887. Parte IV, n. 145-171. Il Lesen fu mio uditore nel corso dell'anno scolastico 1884-1885, e presentò questa monografia nel concorso al premio Corsi.

(6) Questo argomento fu da me addotto nelle lezioni dell'anno scolastico 1884-1885. Vi si è associato il Lesen nella monografia già ricordata, p. 63, nota 38. La Corte di appello di Modena, 22 febbraio 1882, non ha dato alcun peso a questo argomento, decidendo, che divenuta giacente l'eredità, conformemente alle disposizioni dell'art. 980 Cod. civ., non è necessario, per l'effetto di nominare un curatore, che siano interpellati tutti coloro che siano chiamati alla successione. *Foro it.*, *Rep.*, 1883, v. *Successione*, n. 298.

(7) Dusi, *La eredità giacente*, p. 128.

(8) Il tribunale di terza istanza in Milano, nelle sue osservazioni a questo progetto, opinò che la disgiuntiva *o* tra eredi testamentarii e quelli che nella successione legittima ecc. fosse forse un errore di stampa, e che invece vi si dovesse apporre la congiuntiva *e*. Vedi *Lavori preparatorii*, 2. ediz. ufficiale, V, p. 147. Roma 1890. Ma il tribunale errò nel credere la particella *o* un errore di stampa. Il concetto dell'art. 1131 sarebbe stato cangiato, e si sarebbe richiesta non pure la rinuncia dei successori testamentarii, ma anche dei legittimi chiamati in primo luogo.

(9) Vedi il testo degli articoli nei varii progetti sop. n. 144.

(10) App. Casale, 22 dicembre 1868, Pacifici, *Rep.*, v. *Eredità*, n. 1712; App. Milano, 1 luglio 1875 (*Annali*, IX, II, 336); App. Genova, 31 maggio 1879; App. Brescia, 23 luglio 1879, *Foro*, *Rep.*, 1879, v. *Successione*, n. 202, 204. Conf. Appello Modena, 22 febbraio 1882 (Vedi sop. n. 6). — Invece l'antica giurisprudenza del Senato di Piemonte avvalora la dottrina che io

mano pel caso di una istituzione sotto condizione sospensiva è sospesa la delazione, ed in conseguenza tal caso deve ricondursi ad uno dei casi della eredità giacente. Il diritto pretorio però accorda all'istituito sotto condizione sospensiva la *bonorum possessio* (1), coll'obbligo di prestare cauzione ai coeredi, eredi sostituiti, o *ab intestato* (2). Quanto ai moderni Codici tedeschi, malgrado il vario sistema seguito per l'acquisto dell'eredità (confronta sopra n. 32), essi escludono in tal caso l'eredità giacente. I rapporti tra l'erede istituito sotto condizione ed il chiamato o l'erede *ab intestato* sono regolati in analogia delle sostituzioni fedecommessarie. Così pel diritto prussiano (3), così pel Codice austriaco (4) e pel Codice sassone (5), così infine pel progetto di legge ereditaria del Mommsen (6) e pel progetto di Codice civile tedesco (7-8). Nel diritto francese un legato sottoposto alla condizione sospensiva, sia pure un legato universale, rimane presso l'erede *ab intestato*, finchè la condizione si verifica (9). La condizione sospensiva equivale a condizione risolutiva dell'acquisto dell'eredità da parte dell'erede *ab intestato*. Nel diritto francese è ammesso che il testatore può in tutte le specie di disposizioni (legato universale, legato a titolo universale e legato a titolo particolare) apporre tanto la condizione sospensiva quanto la condizione risolutiva (10), purchè quest'ultima sia veramente una condizione risolutiva e non celi una sostituzione vietata, secondo il carattere fissato a tal genere di istituzioni nella comune dottrina francese (11). Nel diritto francese in conseguenza è indubitato che non s'abbia eredità giacente nemmeno nel caso di un *legato universale* sotto condizione sospensiva (12).

**149.** Sotto l'impero del diritto italiano può farsi questione se nel caso di *istituzione* sotto condizione sospensiva si abbia eredità giacente. Secondo la teoria generale della delazione già di sopra esposta (conf. § 3), nel caso di istituzione sotto condizione sospensiva, è sospesa la delazione testamentaria; ma anche ammessa la dottrina di una delazione testamentaria condizionata (vedi sopra

seguo. Vedi Fabro in *Cod.*, Lib. VI, Tit. XII, Def. 17: *Dante interea iudice curatorem hereditati quasi iacenti, si in iudicio dixerint omnes qui heredes esse possunt nolle se heredes esse.* Vedi Pastore, op. e l. cit.

(1) L. 5 pr., L. 6, 10, 12 in fine, D. *De bon. pos. secundum tabulas* (37, 11); L. 3, § 13, D. *De bon. pos. contra tabulas* (37, 4); L. 1, § 7, D. *Ad Sc. Tert.*, 38, 17. L'istituito sotto condizione sospensiva procede all'*agnitio*, e la sua posizione giuridica è analoga a quella dell'erede; L. 23, pr. *De heredibus instituendis*, 28, 5: *Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest, et tamquam heres distrahere hereditatem.*

(2) L. 12, D. *Qui satisdare cogantur*, 2, 8: *Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. Et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iuberi solet stipulationem interponi.* L. 8, *De stipulationibus Praetoriis*, 46. 4. Le fonti ricordano solo i sostituiti, ma la regola si estende anche ai coeredi ed agli eredi ab intestato. Vedi Windscheid, *Pand.*, III, § 554, nota 5; Arndts, in *Rechtslexicon*, p. 931, ed i frammenti citati in nota 147, 148.

(3) *Preuss. Allg. Landrecht*, I, 12, § 480: « Fra l'erede *ab intestato* o il suo curatore e l'erede testamentario istituito sotto condizione ha luogo lo stesso rapporto che tra l'erede istituito, e l'erede fedecommissario sostituito ». L'erede *ab intestato*, in conseguenza, nel caso di istituzione sotto condizione sospensiva entra nel possesso e nel godimento dell'eredità, e vi rimane finchè non si verifica la condizione, purchè il testatore non abbia altrimenti disposto. Vi ha dunque, dice il Dernburg, nel caso di istituzione sotto condizione sospensiva una doppia vocazione. Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, III, § 124. Conf. Koch, *Das Preussische Erbrecht*, § 25; Prager, *Lehrbuch des gesammten Privatrechts*, p. 114, vol. III. Berlin 1890. Conf. a p. 460 il passo trascritto dell'Eccius.

(4) Cod. austriaco, § 707: « Finchè il diritto dell'erede o del legatario rimane sospeso per la condizione non ancora verificata o pel tempo non ancora venuto, nel primo caso tra l'erede legittimo e l'istituito, e nel secondo tra l'erede e il legatario sussistono riguardo al possesso e all'usufrutto intermedio dell'eredità o del legato, gli stessi diritti ed obblighi come nella sostituzione fedecommissaria. Conf. Unger, *Erbrecht*, § 16, An. 22, § 17; Krainz, *Syst. des Oesterr. allg. Privatrechts*, II, I, p. 403, II, II, p. 388.

(5) Codice sassone, § 2013: « Se taluno è istituito sotto una condizione sospensiva o da un certo tempo, sino all'avverarsi della condizione o al raggiungersi del tempo ha luogo la successione legittima. Se taluno è istituito sino a un certo tempo o fino all'avverarsi di una condizione risolutiva, ha luogo la successione legittima tostochè siasi raggiunto il tempo, o siasi avverata la condizione risolutiva ». Conf. §§ 2505, 2506.

(6) Mommsen, *Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht*, § 445, e *Motivi* ai §§ 19 e 118.

(7) *Progetto di Codice civile tedesco*, § 1808: « Se ad una istituzione di erede è apposta una condizione sospensiva o un termine iniziale, senza che il testatore abbia determinato chi debba essere erede fino all'avverarsi della condizione o al giungere del termine, sono chiamati come primi eredi gli eredi legittimi del testatore. Questa regola trova la sua applicazione se è istituito erede una persona non ancora concepita, o una persona che verrà determinata da un avvenimento posteriore alla morte del testatore ». Vedi *Motivi*, V, p. 86, 87.

(8) Il diritto tedesco, che ammette una istituzione di erede sotto condizione risolutiva, e l'apposizione di un termine (*dies ad quem*), analogamente regola i rapporti tra il primo erede ed il successivo, come tra l'erede istituito ed il sostituito fedecommissario. *Preuss. Landrecht*, I, 12, § 489; *Oesterr. Gesetzbuch*, § 708; *Sächs. Gesetzbuch*, §§ 2013, 2506; *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, § 1807. Vedi *Motivi*, V, p. 89, 90. Conf. Koch, *Das Preussische Erbrecht*, p. 272 e seg.; Dernburg, *P. Privatrecht*, III, § 124; Eccius, *P. Privatrecht*, IV, p. 533 (riferito sopra n. 140); Unger, *Erbrecht*, § 48. Ma lo studio comparato col sistema del Codice vigente, che non riconosce i fedecommessi, non trova posto opportuno in questo luogo. Se nel diritto italiano possa apporsi una condizione risolutiva alla istituzione di erede è controverso. Ed anche questa questione è da rimandare. Conf. più innanzi p. 468, n. 5.

(9) Conf. Troplong, *Dom. et test.*, n. 283.

(10) Conf. Zachariae, § 712; Aubry e Rau, §§ 691, 715; Arntz, II, p. 323; Duranton, V, 281 (trad. ital. Napoli 1842).

(11) Conf. Aubry e Rau, § 694; Arntz, II, p. 332, 333.

(12) I principii di diritto francese enunciati nel testo derivano già dal sistema generale del Codice francese, che ammette sempre una *delazione legittima*, anche nella esistenza di una disposizione universale (*legato universale*). Conf. *Introduzione al diritto di successione*, n. 8 (in *Digesto*), e sop. p. 390, nota 6 e n. 33. Una esposizione più minuta delle regole del diritto francese in rapporto alle disposizioni testamentarie sotto condizione qui non trova posto. Riscontra intanto art. 900, 1040, 1041 C. fr.

n. 21), finchè la condizione non si verifica, l'erede non acquista l'eredità. Se è sospesa la delazione testamentaria, si può considerare come sospesa anche la delazione legittima: e secondo l'altra teorica, ammessa la contemporanea duplice delazione, cioè quella legittima e quella testamentaria, sarebbero amendue le delazioni subordinate ad una condizione sospensiva: per es. la delazione testamentaria subordinata alla condizione sospensiva espressa affermativamente *se la nave tornerà dall'Asia;* e la delazione legittima subordinata alla condizione sospensiva espressa in forma negativa: *se la nave non tornerà dall'Asia*. Ma nell'uno e nell'altro caso si avrebbe a concepire una discontinuità dei rapporti patrimoniali dal momento della morte del testatore all'epoca del verificarsi della condizione. Cosicchè in cotal guisa si riprodurrebbe nel nostro diritto un caso di eredità giacente del diritto romano; e tal caso, da far rivivere nella sua più schietta natura l'istituto della *Hereditas iacens*. Secondo la dottrina già esposta sulla delazione, accetto anche questo terzo caso di eredità giacente nel nostro diritto.

Ed esso non è solo una deduzione teorica, ma s'induce anche dalla disposizione positiva della legge, in quanto nell'art. 857 Codice civile pel caso di un istituito sotto condizione sospensiva, finchè questa condizione si verifichi o sia certo che più non si possa verificare, è disposto che sarà dato all'eredità un amministratore. Gli art. 858, 859 stabiliscono quali persone debbano essere chiamate alla amministrazione (1). E finalmente l'art. 861 agguaglia gli amministratori del patrimonio, mentre pende la condizione, ai curatori dell'eredità giacente per quel che riguarda i carichi e le facoltà (obbligazioni e diritti), e ne risulta in conseguenza agguagliata l'*amministrazione del patrimonio*, mentre pende la condizione, alla *cura dell'eredità giacente* (2). Ad escludere questo caso di giacenza dell'eredità si è detto che nel caso di istituzione sotto condizione sospensiva, v'ha la delazione legittima, se non vi ha sostituzione; e, se questa v'ha, si verifica la delazione pel sostituito. L'eredità è acquistata, secondo i casi, dall'erede legittimo o dal sostituito testamentario. Così, mentre sarebbe sospesa la delazione testamentaria dell'erede chiamato, si verificherebbe una delazione *ab intestato* subordinata ad una condizione risolutiva, o una delazione testamentaria subordinata ad una condizione risolutiva (3). Così si riproduce sotto l'impero del nostro Codice la dottrina francese (4).

Ma a parte ora la grave controversia, cioè se secondo il nostro diritto sia ammessa o no la condizione risolutiva nella istituzione di erede (5), si noti che se la legge avesse considerata come acquisita l'eredità da parte dell'erede *ab intestato* o del coerede (articoli 858, 859), non li avrebbe considerati come puri *amministratori*, e sottoposti agli obblighi ed ai diritti dei curatori dell'eredità giacente (art. 861) (6). La legge avrebbe dovuto, non riconoscendo i fedecommessi, agguagliare i diritti e gli

(1) Cod. civ. ital., art. 858: « L'amministrazione sarà affidata al coerede, od ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale possa aver luogo il diritto di accrescimento ». Art. 859: « Se l'erede condizionale non ha coeredi, o tra esso ed i coeredi stessi non può aver luogo il diritto di accrescimento, l'amministrazione verrà affidata al presunto erede legittimo del testatore, salvo che l'autorità giudiziaria per giusti motivi creda conveniente di provvedere altrimenti ». Tali disposizioni non si hanno nel Codice francese, nè nel Codice napoletano del 1819. Gli art. 857, 858, 859 sono derivati dagli art. 789, 790, 791 del Codice parmense, che furono riprodotti successivamente dal Codice sardo negli articoli 838, 839, 840, e dal Codice estense negli art. 752, 753, 754, ed in tutti i progetti che hanno preceduto il testo definitivo del Codice.

(2) Anche l'art. 861 Cod. ital. è derivato dal Codice parmense art. 793, conforme agli art. 842 Codice sardo e 755, 2° comma, Codice estense.

(3) Vedi Lesen, *L'eredità giacente nel diritto civile italiano* (*Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*. Roma 1887. Parte IV, p. 163-167).

(4) Nel diritto francese, nel quale, come si è notato al n. 148, è ritenuto che in qualsiasi specie di legati, e quindi anche al legato universale, si possa apporre una condizione risolutiva, si avrebbero ad applicare gli articoli 1179, 1183, dai quali risulta l'efficacia retroattiva della condizione risolutiva, ed in conseguenza un legatario universale sotto condizione risolutiva, verificandosi la condizione, dovrebbe con la restituzione del legato anche i frutti. Tuttavia è ammesso che il legatario, al quale è lasciato il legato colla condizione risolutiva casuale, verificandosi questa non sia obbligato ai frutti. Troplong, *Dom. et test.*, 295; Duranton, V, 282 (trad. ital., Napoli 1842). Il Troplong (luogo citato) giustifica la limitazione al principio della retroattività per la buona fede. Ma non è qui il luogo di approfondire un tal punto, che si connette al generale principio della retroattività della condizione risolutiva, accettata nel Codice francese.

(5) La questione trova il suo proprio luogo nelle *Successioni testamentarie*. Essa è stata recentemente discussa dal Gabba, *La condizione risolutiva nelle disposizioni a titolo universale e nei legati*, Nota alla sentenza della Corte di cassazione di Palermo, 30 dicembre 1892 (*Foro ital.*, 1893, I, p. 604-611). L'illustre giureconsulto opina che le sole *condizioni potestative*, che risolvonsi nel *non fare o non dare*, possono apporsi tanto nella istituzione di erede quanto anche al legato. Anche Brezzo, *Sostituzione fedecommissaria e condizione testamentaria risolutiva*, p. 37, ritiene che la sola condizione *risolutiva* potestativa è apponibile alla disposizione universale, ma ritiene che un legato possa essere fatto sotto ogni specie di condizione risolutiva (scritto citato p. 8). Negano anche che l'istituzione di erede possa farsi sotto condizione risolutiva: Doveri. *Istituzioni*, II, p. 479, nota 1; Chironi, *Istituzioni*, I, p. 104; Ricci, *Com.*, III, n. 237, n. 417; Delogu, *Delle condizioni nei testamenti*, p. 18, nota 1. Dall'altro lato l'opinione affermativa fu seguita già sotto l'impero del Codice sardo da Merlo, *Istituzioni di diritto civile*, p. 168. Napoli 1848; Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, vol. II, p. 60. Torino 1857. Sotto l'impero del Codice vigente sostengono la stessa opinione Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, cap. 48; Borsari, *Commentario al Codice civile*, III, I, art. 851, § 1831; Pacifici, *Succ.*, III, p. 224, 225; *Ist.*, VI, p. 203, 221, 3. edizione. Firenze 1889; Buniva, *Delle successioni*, p. 248. Torino 1870; Bellavite, *Note di diritto civile*, p. 321. Padova 1875; Losana, *Successioni testamentarie*, p. 317. Torino 1889; Lomonaco G., *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. III, p. 140. Napoli 1884; Cuturi, *Dei fedecommessi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano*, p. 325 e seguenti. Città di Castello 1889; Gianturco, *Sistema del diritto civile italiano*, § 52, vol. I, 2. ediz. Napoli 1894; *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 312, 3. ediz. Firenze 1889 (primo dei manuali Barbera). Quanto alla giurisprudenza hanno ammessa la condizione risolutiva nella istituzione di erede Cassaz. Napoli, 9 settembre 1874 (*Giurispr. ital.*, 1874, I, 690); Cassaz. Palermo, 30 dic. 1892 (*Foro*, 1893, I, 604). Non l'ha invece ammessa Cassaz. Roma, 2 luglio 1889 (*Foro, Rep.*, 1889, v. *Succ.*, n. 59).

(6) L'art. 982, implicitamente richiamato dall'art. 861, contiene prescrizioni inconciliabili col carattere di erede [illegible]

obblighi degli eredi *ab intestato* e dei coeredi ai diritti ed agli obblighi di un usufruttuario (1). È quindi più conforme al sistema del Codice, che agguaglia l'erede testamentario all'erede *ab intestato* nell'acquisto dell'eredità, agguagliare anche in questo caso la delazione legittima e la testamentaria, sospendendo l'acquisto da parte di amendue gli eventuali chiamati (2).

Gli articoli 858, 859 preveggono il caso che accanto all'istituito sotto condizione sospensiva siano chiamati congiuntamente altri eredi senza condizione ed il caso in cui ciò non si avveri. Tratterò in seguito le questioni, alle quali tali regole danno occasione (n. 157); ma ora è da osservare che il Codice non prevede il caso della sostituzione volgare. Sotto l'impero del Codice sardo il Pastore opinò che fra i *giusti motivi* per escludere l'erede legittimo dovesse essere anche l'esistenza di un sostituito (3). E sotto l'impero del Codice italiano il Pacifici, il Borsari, il Lesen ritengono che il sostituito debba essere preferito all'erede legittimo nella amministrazione, usando così l'interpretazione estensiva dell'art. 859 (4). Non credo giusta questa opinione. Secondo il concetto già da me sostenuto ed in pieno accordo col diritto romano (conf. sopra numeri 128-130), la sostituzione è una *istituzione condizionale*. Apposta ad una prima *istituzione condizionale*, tra i casi che il primo istituito non possa accettare è che la condizione non siasi verificata e sia certo che non si possa più verificare (art. 895, 857). La delazione pel sostituito in conseguenza si verifica quando è certo che la condizione non si possa più verificare, e se, per esempio, al primo istituito è stabilita la condizione sospensiva *se la nave tornerà dall'Asia*, la delazione pel sostituito s'intenderà avvenuta, quando è certo che la nave non può tornare dall'Asia; il che val lo stesso come se la sostituzione s'intendesse fatta sotto la condizione contraria a quella apposta nella istituzione, cioè *se la nave non tornerà dall'Asia*. Vi è dunque sospensione della delazione e dell'acquisto tanto per l'istituito, quanto pel sostituito: l'istituito con condizione sospensiva è messo al pari col sostituito; ambedue le disposizioni sono condizionali; ed ecco perchè la legge non chiama il sostituito all'amministrazione nè nell'ipotesi dell'art. 858, nè in quella dell'art. 859.

Il sostituito, come un *secondo istituito sotto condizione*, rientra nella ipotesi dell'art. 857. Si deve quindi applicare l'art. 859 ed affidare l'amministrazione al presunto erede legittimo del testatore, salvo che per *giusti motivi* l'autorità giudiziaria non creda provvedere altrimenti; ma tra i giusti motivi non è l'esistenza di una sostituzione volgare, come pensò il Pastore. La differenza nella delazione successiva pel caso di successivi chiamati nella successione legittima, e pel caso della successiva delazione per la sostituzione, è stata già dinanzi chiarita (sopra n. 130). Qui inoltre viene in considerazione il diritto di successione fondato sul dritto di famiglia, indipendente da ogni presunta volontà del testatore.

**150.** L'art. 860 Codice civile espressamente dichiara applicabili le disposizioni degli articoli 857, 858, 859 al caso in cui fosse istituito un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente, secondo l'articolo 764. In caso di istituzione di un concepito è ordinata analogamente una amministrazione, alla quale però è chiamato il padre e in mancanza la madre (art. 860, 2° comma).

Già dal ravvicinamento della disposizione cogli articoli 857-859 s'induce che la legge ha considerata la istituzione del concepito e di un nascituro da una determinata persona vivente, analogamente ad una istituzione condizionata (5). Se dunque si è ammesso un caso di ere-

---

pure sottoposto a condizione risolutiva. Chi è chiamato ad amministrare nella ipotesi dell'art. 858, 859 è un puro *amministratore* che è chiamato ad *amministrare l'eredità*, e deve *rendere conto della sua amministrazione* (art. 982). La ragione data dal Paoli, e ripetuta dal Lesen (monografia cit., p. 166), cioè che la legge ha stabilita l'amministrazione per un motivo di *equità legislativa*, o, come dice il Lesen, per una ragione d'ordine per conciliare gli opposti interessi, non invalida le precedenti considerazioni. Bene avrebbe corrisposto al carattere di erede il sistema delle *cauzioni*, che il Codice stesso ha stabilito nel caso degli art. 855, 856.

(1) Vedi specialmente art. 496, 497, 1° comma, Cod. civ. it.

(2) Conf. in questo senso Cass. Torino, 26 marzo 1878 (*Foro*, *Rep.*, 1878, v. *Successione*, 167, 168); App. Brescia, 7 luglio 1891 (*Foro ital.*, 1891, I, 30), e le decisioni citate più innanzi p. 470, nota 1.

(3) Pastore, *Com. al Cod. civile sardo*, VII, p. 174. Torino 1841.

(4) Pacifici, *Suc.*, III, p. 302. Firenze 1875; Borsari, art. 858, 859, § 1856, *Com.*, III, I; Lesen, monografia cit., p. 166, nota 45.

(5) Anche l'art. 860 (come gli art. 858, 859, cf. sop. p. 468, n. 1) non si ha nè nel Codice francese nè nel Codice napoletano. La disposizione del primo comma apparve per la prima volta nel Codice parmense (art. 792), e si trasfuse invariata nel Codice sardo (art. 841) ed estense (art. 355, 1ª parte). Invariata la serbò il progetto di revisione del Codice albertino (art. 960), ed il progetto di Codice italiano del 1861 (art. 920). Ma nel progetto Miglietti (1862) nel corrispondente art. 861 fu aggiunto un secondo comma: « Ove sia chiamato un concepito, l'amministrazione spetterà al padre, e in difetto alla madre ». Tale aggiunta fu conservata dal Pisanelli nel suo progetto (art. 827), e nel progetto del Senato (art. 887), e passò nel Codice vigente (art. 860). Ora nel diritto francese, pel principio che il concepito si ha per nato, e per la regola il *morto impossessa il vivo*, il concepito è considerato come esistente, ed acquista la proprietà ed il possesso dell'eredità nella successione legittima, e la proprietà nel legato universale, al momento dell'apertura della successione L'amministrazione spetta al padre (art. 389 Cod. fr.). Come debba intendersi nel diritto francese la regola *conceptus pro nato habetur* vedi in Crome, *Allgemeiner Theil der modernen fransösischen Privatrecht*, § 14. Mannheim 1892; Zachariae, I, § 81; Aubry e Rau, § 53. Sulla *sesina iuris* del concepito, vedi Simonet, *Saisine etc.*, p. 124; Toullier, III, 91; Zachariae, § 593. Non posso entrare qui in maggiori particolari e discussioni. — Quanto al diritto italiano preesistente al Codice vigente è a notare che il Codice napoletano del 1819 trattò completamente il diritto del padre sui beni dei figli minori nel titolo della patria potestà (articoli 291-295 Cod. nap.), così in questo titolo, e non in quello della tutela, è dichiarato che « Il padre durante il matrimonio è l'amministratore dei beni del figlio minore » (art. 291). Anche il Codice di Parma pone la regola che il padre ha l'amministrazione dei beni del figlio minore sotto l'epigrafe della patria potestà (art. 96). E sotto il titolo della patria potestà nel Codice albertino si ha l'art. 331: « Il padre è di più amministratore dei beni dei suoi figli minori ». Tanto il Codice francese (art. 389, 2° comma) quanto tutti i citati Codici italiani imponevano al padre l'obbligo di rendere conto delle rendite dei beni amministrati, sui quali non avesse l'usufrutto, come a qualunque amministratore (art. 293 Cod. nap., art. 96 Cod.

dità giacente trattandosi di condizione, è da ammettere analogamente anche il caso dell'istituzione di un concepito e di un nascituro. Ed infatti la dottrina e la giurisprudenza in Italia si manifestarono dapprima nel senso di considerare tali istituzioni come istituzioni condizionate. Ma più tardi, in occasione d'una questione riferentesi alla *tassa di successione*, si è anche sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che non si tratti in quei casi di istituzione condizionale, ma di istituzione pura e semplice (1). In rapporto alla istituzione del concepito, la legge considera, per la capacità, sufficiente un principio di esistenza, ma veramente egli non è equiparato assolutamente al già nato, poichè se egli, secondo il diritto vigente, non nasce vivo e vitale, rispetto al diritto è come se mai fosse stato concepito. Il nascer vivo e vitale in conseguenza è l'evento incerto che condiziona in certa guisa l'istituzione di un concepito, poichè tale evento futuro ed incerto pone nella incertezza la stessa istituzione (2). Tale elemento d'incertezza equipara nell'effetto l'istituzione di un concepito alla istituzione condizionale. Si dirà che qui non si tratta veramente di una propria condizione, ma di una *condicio iuris* inerente alla stessa capacità del concepito. Ciò è vero, ma non toglie l'effetto indentico già notato, cioè l'incertezza nella successione di un concepito, come in quella di un istituito sotto condizione sospensiva. È nel pensiero di questa incertezza che la legge ordina una amministrazione nell'articolo 860, comma 2°, in una maniera analoga che nel caso di istituzione condizionale; se non che chiama di diritto a tale amministrazione il padre o in mancanza la madre, ma anche ad essi attribuisce i diritti e gli obblighi di un curatore dell'eredità giacente (art. 861. Conf. art. 982). Pur dunque non confondendo la istituzione condizionale con la istituzione di un concepito, l'elemento comune dell'incertezza, dato da un evento incerto, che *condiziona* in un senso più generale e meno tecnico l'istituzione, giustifica l'eguale trattamento fatto dalla legge (3).

Pel caso di istituzione di un non concepito figlio di una determinata persona vivente (art. 764) valgono ancora ed a più forte ragione le considerazioni fatte. Per tali istituzioni l'elemento d'incertezza è ancora più accresciuto che nel caso della istituzione di un concepito.

---

par., art. 231, 3° comma, Cod. sardo). Ora primo il progetto di revisione del Codice sardo dichiarò espressamente che il *padre in forza della patria potestà rappresenta i figli nati o nascituri in tutti gli atti della vita civile e ne amministra i beni* (art. 308). Tale generale dichiarazione fu soppressa dal progetto del 1861; ma il principio che il padre amministra i beni dei figli minori rimase. E mentre nel primo progetto fu soppressa la dichiarazione che il padre avesse a rendere conto delle rendite dei beni sui quali egli non avesse l'usufrutto, nel progetto del 1861 vi fu ristabilito (art. 323). Invece il progetto Miglietti riprodusse nell'art. 252 la generale dichiarazione dell'art. 308 del Progetto di revisione del Codice sardo, e tacque quanto all'obbligo di rendere i conti delle rendite. Lo stesso sistema seguì il progetto Pisanelli (art. 197), e quello del Senato (art. 238). Così si ebbe nel Codice italiano l'art. 224, 1° comma. Conf. sop. p. 439, 440.

(1) L'istituzione di un concepito è considerata come istituzione condizionale da Pacifici, *Succ.*, III, p. 301. Conf. Losana, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, articolo 860; Bellavite, *Note di diritto civile*, p. 320, 321. Ed anche con maggiore ragione è considerata come condizionale l'istituzione di un nascituro nell'ipotesi dell'art. 764. Conf. autori citati; inoltre Borsari, *Com.*, art. 860; Ricci, *Diritto civile*, III, § 117; Paoli, *Le successioni testamentarie*, n. 143 in nota. E così la considerò il Pastore, *Commento al Codice civile sardo*, VII, art. 841. Tale opinione è stata esplicitamente seguita dalle seguenti decisioni: Cass. Milano, 2 ottobre 1863 (*Giurispr. ital.*, 1863, I, 890); Cass. Palermo, 27 marzo 1866 (*Giur. ital.*, 1866, I, 159); Cass. Torino, 14 dicembre 1866 (*Annali*, 1866, I, 258); Cass. Torino, 14 gennaio 1874 (*Annali*, I, 1, 258); Cass. Torino, 12 dicembre 1883 (*Foro*, *Rep.*, v. *Successione*, n. 78); App. Modena, 28 gennaio 1876 (*Foro*, 1876, I, 624-631); App. Casale, 3 sett. 1869 (Pacifici, *Rep.*, v. *Tassa di registro*, n. 786); App. Venezia, 5 giugno 1879 (Pacifici, *Sup. Rep.*, v. *Tassa di registro*, n. 586); App. Brescia, 16 maggio 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 880). Hanno deciso che l'istituzione del non concepito non sia condizionale: Cass. Roma, 23 giugno 1880 (*Foro*, 1880, I, 880); 19 agosto 1880 (*Corte suprema di Roma*, a. 1880); 2 dicembre 1880 (*Corte suprema di Roma*, 1880, p. 255. Volume di complemento); App. Casale, 13 ottobre 1880 (*Foro*, *Rep.*, 1881, v. *Tassa di successione*); App. Brescia, 7 luglio 1890 (*Foro*, 1891, I, 30).

(2) Sulla capacità del concepito discorrrerò trattando delle successioni legittime. Vedi intanto pel diritto romano Windscheid, *Pand.*, I, § 52. Pel diritto francese Crome, o. e l. cit. Pel diritto vigente Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, § 26. Napoli 1894.

(3) In generale le decisioni, che hanno equiparata l'istituzione del concepito alla istituzione condizionale, hanno ammesso anche questo come un caso di *eredità giacente*. V. sop. nota 1. Nella pagina precedente nota 5 ho riferita l'origine storica del 1° comma dell'art. 224 e del capoverso dell'art. 860. Ora si domanda perchè si è aggiunto questo comma, quando si è in generale dichiarato che il padre *rappresenta i figli nati ed i nascituri e ne amministra i beni*? Io ne trovo la ragione fondamentale in quanto la legge ha voluto nettamente esprimere nei rapporti, che ora si esaminano, l'equiparazione della istituzione di un concepito ad una condizione sotto condizione sospensiva. Il semplice principio espresso nell'art. 224 non bastava. Poichè seguendo la dottrina del diritto francese si sarebbe potuto considerare come esistente già il concepito, e quindi l'eredità già da lui acquistata; in altri termini anche per lui avrebbe avuto luogo la *sesina iuris*. Ma se la legge equipara l'istituzione del concepito all'istituzione condizionale, ciò non si può più affermare. In quanto poi il padre nella amministrazione dei beni componenti l'eredità da devolversi al concepito è sottoposto anche egli ai diritti ed agli obblighi di un curatore dell'eredità giacente (art. 861), se ne deduce subito che egli non ha su questi beni l'usufrutto legale (App. Casale, 23 giugno 1884, *Foro it.*, *Rep.*, v. *Successione*, n. 25). Ne risulta che questo rimane sospeso sino alla nascita del figlio. Che se questo non nasca *vivo* e *vitale*, il padre dovrà riconsegnare il patrimonio all'eventuale erede ed a lui rendere i conti (art. 860, 861 combinati con l'art. 892). Per tale evenienza l'amministrazione ordinata dall'art. 860 capoverso ha lo scopo della conservazione del patrimonio come la cura dell'eredità giacente. Tale sospensione del diritto di usufrutto legale conferma il concetto di una sospensione della delazione e dell'acquisto, come nel caso della istituzione condizionale, e quindi il concetto dell'eredità giacente. Verificandosi però la nascita del concepito, l'acquisto retroagisce al momento dell'apertura della successione; l'usufrutto legale dovrà intendersi costituito fin da quel momento, e non si avrà l'obbligo di rendere i conti delle rendite. E posti questi concetti nel diritto vigente non si può parlare di *sesina iuris* pel concepito al momento dell'apertura della successione.

Anche qui non si tratta veramente di una istituzione sotto condizione nel senso proprio della parola, ma la *condicio iuris*, che si riferisce alla capacità del nascituro, implica condizioni di fatto estremamente incerte. Si pensi alla istituzione di un figlio immediato di una bambina di pochi anni, e si avvertirà tosto a quanti elementi di incertezza è subordinata simile istituzione. Tuttavia è proprio qui che si è manifestata una giurisprudenza contraria delle Corti italiane (1). Si è detto che pel principio *il morto impossessa il vivo*, non pure il concepito, ma anche il figlio nascituro di una determinata persona vivente è considerato dalla legge come esistente fin dal momento dell'apertura della successione: che il concepito ed il figlio nascituro da determinata persona vivente sono *veri e reali eredi* e che l'eventualità della nascita non sospende l'efficacia della disposizione testamentaria (2): che gli elementi costitutivi del rapporto giuridico non possono essere considerati come condizioni del rapporto stesso (3). Quanto alla prima ragione, dedotta dal sistema seguito dal Codice italiano, si è osservato che la massima invocata presuppone un *vivo*, che tale non è chi non è ancora nato e nemmeno concepito (4). Ed io aggiungo che la massima non è tale che non possa soffrire limitazioni. Che se nel diritto francese si è potuto ammettere la *saisina iuris* pel concepito, pel caso di un non concepito pensarne l'applicazione è sorpassare ogni condizione ragionevole, sotto la quale essa possa accettarsi nel diritto moderno. Dicendosi che l'erede nascituro è *erede reale e non potenziale per onnipotenza della legge* (5), viene a dirsi in fondo che è una *fictio iuris*. Ma questa finzione non è necessaria: essa si esclude o ammettendo una effettiva delazione agli eredi *ab intestato*, subordinata alla risoluzione per la nascita dell'istituito, o con la organizzazione dell'eredità giacente. Io rifiuto la prima concezione per le ragioni già precedentemente esposte (conf. sopra n. 149). E quanto alla seconda considerazione, cioè che non si tratta di vera istituzione condizionale, ma d'un elemento costitutivo del rapporto giuridico, o che val lo stesso d'una *condicio iuris*, essa è giusta (6). Ma un tale elemento, come nel caso dell'istituzione di un concepito, pone nell'incertezza la disposizione testamentaria, come se si trattasse di una vera condizione. In questa incertezza è la ragione interna dell'equiparamento. Ed ammessa la istituzione sotto condizione sospensiva come un caso di eredità giacente, per egual ragione debbono ammettersi i casi della istituzione di un concepito e di un nascituro, figlio immediato di determinata persona vivente (7).

**151.** È stato obbietto di viva controversia se sotto l'im-

---

(1) La questione è stata dibattuta in proposito del pagamento della *tassa di successione*, sostenendosi da coloro che ritenevano essere l'istituzione condizionale l'applicazione dell'art. 13 della legge sulla tassa di registro (13 settembre 1874), e sostenendosi invece l'inapplicabilità di esso dagli avversari. Vedi le decisioni citate sop. p. 470, nota 1. L'art. 13 della legge sulle tasse di registro dice: « Il pagamento della tassa proporzionale o graduale per gli atti e trasferimenti vincolati a condizione sospensiva, e non meramente potestativa, è dovuto quando la condizione si verifica, o quando l'atto o il trasferimento ha effetto prima che la condizione si avveri ». Tra gli scrittori, i commentatori della citata legge sul registro hanno sostenuto che la *tassa* si deve sempre, non pure nelle istituzioni di un nascituro, ma anche trattandosi di vera istituzione sotto condizione sospensiva. Così il Gori, *Trattato delle leggi sul registro*, p. 41, n. 53; Clementini, *Com. alle leggi sul registro*, art. 13, n. 27. Le ragioni sono desunte dalla natura della tassa sul registro, come quella che cade sul trasferimento, e sul presupposto che nella successione a causa di morte il trasferimento è necessario. Ma in rapporto alla istituzione sotto condizione sospensiva decise in senso contrario con una decisione assai bene motivata la Corte di appello di Brescia, 16 maggio 1887 (*Foro it.*, 1887, I, 880). Il Mantellini, pur ritenendo che nel caso di istituzione di un nascituro si debba la tassa di successione dal momento dell'aperta successione, ammette però l'*eredità giacente*. Secondo il Mantellini, proprietà e possesso continuano nell'eredità giacente, e questa è obbligata per chi potrà essere erede. Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile*, vol. I, p. 388, 389. Firenze 1880. In senso opposto al pagamento della tassa in caso di istituzione del nascituro vedi Paoli, *Successioni testamentarie*, n. 143 in nota, che, come si è visto, riconosce in tale istituzione una istituzione condizionale (conf. sop. p. 470, n. 1), e Bonelli, *La istituzione del nascituro e la tassa di successione*, Nota alla sentenza della Cassazione di Roma del 19 agosto 1880 (*Corte suprema di Roma*, anno V, fascicolo V). Il Bonelli riconosce esplicitamente in questo caso l'*eredità giacente*.

(2) Cass. Roma, 23 giugno 1880 (*Foro it.*, 1880, I, 888). Il testo della sentenza pubblicata dal *Foro*, e che ho sotto gli occhi, dice: « Il concepito è erede reale e non potenziale dal momento dell'aperta successione, ed alla nascita del concepito è subordinata soltanto la risoluzione della disposizione testamentaria ». Forse il concetto poteva avere una formula più precisa. In ogni modo la risoluzione della disposizione testamentaria, secondo la Cassazione, è subordinata alla mancata nascita dell'istituito. Vi sarebbe anche qui una delazione subordinata ad eventuale condizione risolutiva. Ora se questo è il concetto della Corte, valgono contro di esso le stesse osservazioni fatte sop. n. 149 per rifiutare la concezione di una delazione *ab intestato*, subordinata a condizione risolutiva nel caso di istituzione sotto condizione sospensiva. Se il nascituro è erede, *ente reale e non potenziale*, come dice la Cassazione, con maggiore ragione dovrebbe essere considerato come tale il concepito, e dovrebbesene considerare la istituzione come sottoposta a condizione risolutiva. Ma allora l'usufrutto si sarebbe dovuto attribuire al padre o alla madre, e ciò è escluso dalla disposizione della legge (art. 860 capoverso confrontato con gli art. 861, 982).

(3) Cass. Roma, 19 agosto 1880; App. Brescia, 7 luglio 1890 (citate sop p. 470, n. 1).

(4) Bonelli, *La istituzione del nascituro e la tassa di successione*, p. 16 (Estratto dal giornale *La Corte suprema di Roma*, 1880). Conf. pel sistema del Codice prussiano, austriaco, sassone, e del progetto di Codice civile tedesco più innanzi nota 7.

(5) Conf. Cass. Roma, 23 giugno 1880 (già citata).

(6) Conf. la monografia, già citata, del Bonelli, p. 14 e 15.

(7) Già si è notato sop. n. 134, che nel caso di istituzione di un concepito nel diritto romano si ha *hereditas iacens*. Per l'amministrazione dell'eredità è ordinata una *cura bonorum ventris nomine*. Da questa si deve distinguere la *cura ventris*; ma in regola tanto la prima quanto la seconda è assunta dalla stessa persona. Vedi L. 1, § 4, D. *De mun.*, 50, 4; L. 1, § 2, D. *De curatore bonis dando*, 42, 7; L. 8, D. *De cur. fur.*, 27, 10; L. 1, §§ 17-26, L. 5, *De ventre*, 37, 9. Conf. Glück, *Com.*, XXXIII, p. 117; Sintenis, III, § 157, IV, § 194, A; Windscheid, II, § 447; Dernburg, *Pand.*, III, § 159. Una certa analogia tra l'istituzione condizionale e quella di un concepito si ha nella L. 1, § 1, *De curatore bonis dando*, 42, 7. Nel diritto romano giustinianeo non si giunse a riconoscere la validità dell'istituzione di un nascituro non ancora concepito. Conf. Mühlenbruch, in *Glück*, XXXIX, p. 407; Sintenis, III, § 187, *Ann.*, 17;

pero del diritto romano attuale sia valida l'istituzione di un corpo morale da fondarsi. La dottrina più moderna sostiene l'affermativa (1). E la validità si sostiene anche sotto l'impero del diritto prussiano e del Codice austriaco (2); il Codice sassone la dichiara espressamente (§ 2024) (3), ed a tal sistema si attengono tanto il primo progetto di Codice civile tedesco quanto il secondo (4). La questione è stata anche vivamente dibattuta sotto

De Crescenzio, *Nota alla sentenza della Cassazione di Roma del 10 marzo 1877* (*Foro it.*, 1887, I, 968 e seg.). In contrario però vedi Voet, *Com. ad Pand.*, 28, 5, § 12; Thibaut, *Pand.*, § 796, 7. ediz. Jena 1828; Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts*, § 443, 4. ediz. Monaco 1838. Però a favore di un non concepito può essere ordinato un fedecommesso. Vedi Mühlenbruch, o. c., p. 412. La Cass. di Roma nella citata sentenza ritiene che la validità di una istituzione di un nascituro non ancora concepito fosse ammessa nel diritto medioevale come un *ius receptum*, ed in ispecie nel diritto comune dell'ex Stato pontificio. Ciò però è messo in dubbio da De Crescenzio, nota citata. In ogni modo la istituzione di un nascituro non concepito, se ritenuta valida, doveva dare anch'essa luogo ad una *cura bonorum* con lo stesso carattere della *cura bonorum* stabilita pel concepito. — Quanto alle legislazioni moderne, nel diritto prussiano, in caso di istituzione di un concepito, si ha una cura. *Vormundschaftsordnung* (5 luglio 1875), § 89, *Preuss. Landrecht*, I, 9, § 471. Conf. Dernburg, *P. Privatrecht*, III, p. 269, 621; Eccius, *P. Privatrecht*, IV, p. 228, 229. Berlino 1893. Sulla controversia se si abbia una *cura personae* o una *cura rei*, vedi sop. p. 461, n. 1. Per l'istituzione di un nascituro non concepito ritiene la validità di essa ed il conseguente ordinamento di una cura Dernburg, o. c., p. 297; invece opina in contrario Förster, *P. Privatrecht*, IV, § 267, n. 17. L'Eccius tratta ampiamente la questione, e dice che si deve ritenere la disposizione a favore di un nascituro non concepito come una disposizione fedecommissaria. Anche in questo caso non vi è dunque *hereditas iacens*. Eccius, o. c., p. 397, 398. Conf. sop. n. 138. — Secondo il Codice austriaco può essere direttamente istituito un concepito (§ 22 Cod. austr.), e si può con certe limitazioni anche istituire erede direttamente un nascituro non ancora concepito (§§ 612, 630, 632, Decreto del 29 maggio 1845). Nell'uno e nell'altro caso è ordinata una cura (§ 274 Cod. austr.). Il Krainz dice che il concepito ha una *capacità condizionata*, e che anche una persona futura può essere istituita erede, nel caso della sua esistenza, e quindi *condizionatamente;* l'avveramento dell'esistenza costituisce l'adempimento della condizione. Krainz, *Oester. Privatrecht*, I, § 67, II, § 481. E nel diritto austriaco è questo un caso di *hereditas iacens*. Vedi pel sistema del Codice austriaco sopra n. 32, 140. — Il Codice sassone, che in una generale disposizione accetta la massima *conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis ipsius partus quaeritur* (§ 32), prevede espressamente il caso dell'istituzione di erede in favore di un concepito (§ 2008). Secondo il sistema del Codice sassone (conf. sop. n. 140) è questo un caso di eredità giacente, ed è nominato un curatore (§ 2247). Una speciale tutela (*cura ventris*) è ordinata nel caso che un marito, morendo, lascia la moglie incinta (§§ 1995, 1996, 1997). Il nascituro non concepito non può essere istituito erede, ma a suo favore può essere ordinato un legato (§ 2396), o un fedecommesso (§ 2507). — Il progetto di legge ereditaria per l'impero tedesco del Mommsen nel caso del nascituro dà alla madre il diritto di rimanere o di essere ammessa nel possesso dei beni del nascituro, se l'autore della successione è il padre. In ogni altro caso essa ha il diritto di promuovere dal tribunale i provvedimenti per la conservazione dell'eredità, e, se è necessario, la nomina di un rappresentante di essa (§ 324 e § 215). In caso di bisogno ha diritto agli alimenti (§ 278). Pei motivi vedi Mommsen, *Entwurf ecc.*, p. 352. Ed anche secondo il sistema accettato dal Mommsen (conf. sop. n. 140) si ha qui eredità giacente. — Il progetto ufficiale di Codice civile tedesco dichiara che può essere istituito erede un concepito, ma non un nascituro non concepito. A suo favore può essere disposto però mediante un legato, e può essere pure ordinata a suo favore una sostituzione fedecommissaria, o, secondo l'espressione del progetto, il non concepito può essere chiamato alla eredità come un *erede successivo* (*Nacherhe*) (§ 1758). Conf. § 1804. Vedi *Motive zu dem Entwurfe*, V, p. 11, 12. Pel caso della istituzione di un concepito è nominato un *curatore dell'eredità* (*Nachlasspfleger*). Ma non vi è, come si è notato, *hereditas iacens*. Conf. sop. n. 141, testo e nota 4. Quanto al fedecommesso ordinato a favore di un nascituro non ancora concepito è applicata la regola generale delle sostituzioni fedecommissarie. Una istituzione diretta di un non concepito vale in regola come sostituzione fedecommissaria, e fino alla nascita sono chiamati all'eredità i successori *ab intestato*, come pel caso di istituzione sotto condizione sospensiva (§ 1808, 2° alinea). Conf. *Motivi ecc.*, V, p. 88). — Gli insegnamenti che possono trarsi da queste notizie di diritto comparato sono: che anche sotto l'impero del Codice austriaco si è equiparata l'istituzione di un non concepito ad una *istituzione condizionale;* che nelle legislazioni, che ammettono le sostituzioni fedecommissarie, il modo più semplice e logico per ordinare le regole riguardanti le disposizioni a favore di un non concepito è di equipararle ad esse. E ne segue che in un sistema, come è quello del nostro Codice, che vieta le sostituzioni fedecommissarie (art. 899), le regole che ordinano l'istituto della istituzione di un non concepito non possono essere derivate da ragioni che si accordano con l'istituto non riconosciuto dalla legge, come avverrebbe ammettendo la delazione *ab intestato* sottoposta a condizione risolutiva. E ciò conferma le considerazioni fatte nel testo. Vedi sop. n. 149. Conf. Cass. Torino, 14 dic. 1866 (*Annali*, 1866, I, 258).

(1) Contro la validità vedi Mühlenbruch in Glück, *Com.*, XXXIX, pag. 455 e segg., XL, pag. 1 e segg.; Sintenis, III, pag. 353-355; Vangerow, I, § 60; Savigny, II, § 89. Per la validità vedi Puchta, *Vorlesungen über das heut. röm. Recht*, I, § 28; Arndtz, in *Glück*, p. 413 e seg.; *Rechtslexikon*, III, p. 914 e seg., note 47-58; *Pand.*, I, § 60, nota 2; Windscheid, *Pand.*, I, § 60; Baron, *Pand.*, § 26; Dernburg, *Pand.*, I, § 63 in fine; Bekker, *Pand.*, I, § 69, *Beilage*, II; Regelsberger, *Pand.*, I, p. 347. Leipzig 1893. Confr. anche Stobbe, *D. Privatrecht*, I, p. 512, 515; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, p. 120. Per la letteratura vedi specialmente Windscheid, l. c., e per la pratica tedesca odierna Bekker e Regelsberger, l. c.

(2) Vedi pel dritto prussiano Dernburg, *P. Privatrecht*, III, p. 299; Förster, *P. Privatrecht*, IV, § 251; Eccius, *P. Privatrecht*, IV, p. 399, 400. — Pel diritto austriaco vedi Unger, *Syst.*, I, § 44, nota 20, *Erbrecht*, § 15, nota 8; Krainz, *Syst. des österreichischen allg. Privatrecht*, I, p. 66, 299.

(3) § 2074 Cod. sassone: « Le persone giuridiche sono capaci di acquistare per atto di ultima volontà, anche se al tempo in cui l'atto è fatto non fossero esistenti, in quanto in seguito, indifferentemente se prima o dopo la morte dell'autore della successione, vengano riconosciute dallo Stato ». Confr. § 52. Vedi pure Grützmann, *Sächs. Privatrecht*, p. 311, 312.

(4) Primo progetto ufficiale di Codice civile tedesco, § 59: « Si può istituire una fondazione per atto a causa di morte, nel quale l'autore della successione abbia dichiarata la sua volontà diretta alla istituzione della fondazione ». — § 60: « La costituzione della fondazione, in quanto non si fondi su una legge dell'impero o di uno Stato federale, è determinata dalla volontà del testatore ». Pei motivi vedi *Motive zu dem Entwurfe ecc.*, I, p. 120-121, V, p. 16. Anche in questo punto il pro-

l'impero del Codice italiano. La tendenza della dottrina e della giurisprudenza si era già manifestata in favore della validità di simile istituzione (1). Ma in seguito alla legge del 17 luglio 1890 sulle istituzioni di beneficenza, art. 84, la questione è legislativamente decisa nel senso affermativo (2). La esposizione storica e dottrinale della controversia deve essere rimandata ad altro luogo. Qui però è da notare che sino al riconoscimento da parte dello Stato del corpo morale istituito nel testamento deve considerarsi la delazione come sospesa, ed in conseguenza l'eredità come giacente. La istituzione di ente da fondarsi ha una certa analogia con le istituzioni condizionali, con le istituzioni di un concepito e con quella di un nascituro non concepito nei termini dell'art. 764, capoverso. L'elemento incerto è anche qui dato da una *condicio iuris*, cioè che intervenga il riconoscimento del corpo morale da parte dello Stato. Ed in tale elemento si ha la ragione dell'analogia con gli altri casi di eredità giacenti, già da me discussi ed ammessi.

Quanto all'amministrazione dell'eredità, sino al momento della costituzione in corpo morale, essa deve essere considerata come una cura dell'eredità giacente (Conf. più innanzi n. 158).

**152.** Ed ora è tempo di determinare il concetto della eredità giacente secondo il Codice italiano. Dall'analisi dei casi ammessi deriva che l'eredità giacente si presenta in due forme o tipi diversi: in un tipo odierno nei due casi espressamente previsti dall'art. 980, ed in un tipo, che riproduce il tipo classico, nei casi discussi della istituzione condizionale, dell'istituzione di un concepito, di un nascituro non concepito e di un ente da fondarsi (nn. 149, 150, 151). Nella prima forma o tipo dell'eredità giacente non si ha interruzione nella continuazione dei rapporti patrimoniali secondo il sistema dell'acquisto *ipso iure*: l'erede vi è, come *dominus hereditatis*, solo è sconosciuto (3); ed in uno dei suoi fini l'eredità giacente a lui conserva il patrimonio. Il curatore dell'eredità giacente rappresenta l'erede sconosciuto. Nella seconda forma o tipo l'erede non ancora vi è: v'ha una discontinuità di rapporti patrimoniali; ma l'eredità giacente adempie analogamente all'ufficio di conservare il patrimonio pel futuro erede: ed anche qui vi è rappresentanza di un erede, ma futuro.

Il concetto della rappresentanza dell'erede, già apparso nel diritto romano (conf. sopra p. 458 n. 1), spiega in un modo semplice l'organismo positivo dell'istituto. Nell'uno e nell'altro caso la legge mantiene l'unità dei rapporti patrimoniali nel duplice interesse dell'erede e dei creditori (4). Si accetti quale che si voglia tra le teorie moderne, o quella della personificazione della eredità giacente, o

---

getto è stato vivamente criticato, ma non dal lato della validità della disposizione. Vedi Hölder, *Zum allgemeinen Theil des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 47 e seg., Freiburg 1888 (*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 73, 1); Gierke, *Der Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 154 e seg. *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines burg. Gesetzbuches* (in Bekker und Fischer, *Beiträge ecc.*, p. 47 e segg.). Il secondo progetto ha tenuto conto delle critiche. Esso per la istituzione di una fondazione richiede ed un atto di fondazione (atto tra vivi o di ultima volontà) e l'approvazione dello Stato (§ 70). In rapporto alle disposizioni di ultima volontà per istituzioni da fondarsi al § 59 del primo progetto è sostituito il § 72: « Se l'atto di fondazione consiste in un atto a causa di morte, se l'approvazione non è chiesta dall'erede o dall'esecutore testamentario, deve essere chiesta dal tribunale dell'eredità. Se l'approvazione è concessa, la fondazione in rapporto alla delazione si considera come esistente prima che siasi aperta la successione ». Il secondo progetto ha anche migliorata la dizione del § 60 del primo progetto: § 23: « La costituzione di una fondazione, in quanto non si fonda su una legge dell'impero o di uno Stato federale, è determinata dall'atto di fondazione (dalla volontà del fondatore) ». Pei raffronti col dritto vigente prussiano vedi Leske. *Der Entwurf eines burg. Gesetzbuches f. das deut. Reich u. das Preus. allg. Landrecht*, p. 157, Leipzig 1889. Per la validità di simili disposizioni vedi anche Mommsen, *Entwurf* ecc. § 55, e Bähr, *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches f. das deut. Reich.* § 70, Kassel, 1891. Confr. Ihering, *Zweck im Recht*, p. 466, Leipzig 1877.

(1) Cito qui, tra i varii scrittori che han sostenuta l'affermativa, Gabba, *Appunti riassuntivi della controversia concernente la validità del testamento* di Luigi Nascimbene, Pisa 1880. *Questioni di diritto civile*, p. 289, Torino 1885; Pacifici Mazzoni, *Succ.*, II, p. 165 e seg., p. 409 e seg., Firenze 1875; *Istituzioni di diritto civile italiano*, p. 125, 3ª ediz., Firenze 1889; Saredo, *La fondazione testamentaria dei corpi morali e il loro riconoscimento legale*, Roma 1880; Auriti, *Sulle disposizioni testamentarie a favore di enti morali da istituire* (*Giornale delle Leggi*, p. 241, Genova 1878); *Ancora delle successioni testamentarie a favore di istituti di utilità pubblica da dover fondare* (*Giorn. cit.*, p. 386, 1881); Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile*, I, p. 519, Firenze 1880; Paoli, *Successioni testamentarie*, p. 324; Bianchi Francesco, *Delle disposizioni testamentarie a favore di corpi morali non riconosciuti* (*Legge*, XVIII, p. 163); Losana. *Le successioni testamentarie*, p. 38, Torino 1884; Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, vol. I, p. 101, 105, Napoli 1894; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, p. 139, Firenze 1889 — In contrario senso hanno scritto Serafini, *Archivio giuridico*, vol. XX, p. 209; De Crescenzio, *Foro it.*, p. 454 e 1064 in nota, 1877, e Luparia in numerose monografie; Chironi, *Quistioni di diritto civile*, p. 392, Torino 1890. — Per una più completa letteratura e per la giurisprudenza vedi Giorgi e Losana nelle opere citate, e Vitali, *Delle successioni*, p. 278-281 in nota, Napoli 1892.

(2) Ciò risulta chiaramente dalla formula stessa dell'art. 84: « Il notaio, col cui intervento si aprano o si depositino testamenti, nei quali *in modo diretto od indiretto si fondino istituti aventi carattere di pubblica beneficenza*, o si contengano disposizioni concernenti le fondazioni di cui nella lettera *h* dell'articolo 2 della presente legge, o col cui intervento si stipulino atti tra vivi, concernenti simili fondazioni e disposizioni, è obbligato nei trenta giorni dall'apertura o stipulazione a farne denunzia al sindaco ». Questo articolo ebbe origine da un emendamento proposto dal senatore Calenda al progetto ministeriale nella discussione al Senato, e diretto a troncare la questione sulla validità delle disposizioni testamentarie a favore di istituti di beneficenza da fondarsi. Vedi il discorso del Calenda nel *Codice delle istituzioni pubbliche di beneficenza*, compilato da Malchiodi, p. 319, Firenze 1891. Confr. la *Relazione* di Luchini alla Camera, ove è esplicitamente dichiarato che l'art. 84 fa cessare ogni disputa. Confr. art. 69, 93 del *Regolamento* 5 febbraio 1891.

(3) Secondo l'opinione da me accettata nell'interpretazione dell'art. 980, si ha eredità giacente quando l'erede è sconosciuto, o originariamente all'apertura della successione, o in seguito a rinuncia di eredi noti. Confr. sop., n. 145.

(4) Confr. sop., n. 137.

quella di un ordinamento di rapporti indipendenti da un subbietto, ciò è indifferente per la teorica positiva. Tanto il caso dell'erede ignoto, quanto quello dell'erede incerto o non ancora esistente, provocano analoghe misure della legge; poichè nell'uno e nell'altro caso vi ha mancanza di chi provvegga alla eredità. Nel caso di erede ignoto è possibile una serie di successivi eredi ignoti, e l'eredità è conservata per essi nel caso che il primo rinuncia. Così l'eredità giacente conserva il patrimonio per una serie indeterminata di persone. Nel caso di istituzione condizionale e nei casi analoghi (nn. 150, 151) v'ha incertezza, e quindi anche una indeterminazione di chi veramente sarà chiamato a raccogliere l'eredità. Cosicchè il concetto dell'eredità giacente secondo il nostro diritto deve essere più largo di quel che non sia nel diritto romano, e deve comprendere il caso in cui non vi è discontinuità dei rapporti (per effetto della *sesina iuris*), ed il caso in cui essa è da ammettersi. Nè in ciò vi ha alcuna logica contraddizione (1).

**153.** Secondo il concetto esposto dell'eredità giacente, e quale si ha nel Codice italiano, non importa la questione se essa sia o no persona giuridica (2). Tale questione nasce dal punto di vista di una teoria generale del diritto, sia perchè, come si è visto, è fortemente controversa la natura della persona giuridica; sia perchè, indipendentemente da questa fondamentale controversia, si estende più o meno il concetto della persona giuridica, in modo da farvi rientrare o no l'eredità giacente. Logicamente un lavorio esagerato di astrazione può menare a confusioni deplorevoli d'istituti e di rapporti; e qui sta il pericolo d'uno smodato filosofare intorno al diritto. In tal difetto si può incorrere partendo anche da punti di vista opposti, come dall'idealismo e dal positivismo. Il giurista se ne deve guardare, perchè il diritto non vive nell'uniformità delle forme logiche astratte, ma nella varietà delle forme concrete e reali della vita. In rapporto alla nozione data dell'eredità giacente secondo il diritto vigente italiano, la questione può elevarsi soltanto per quella forma, che, secondo il mio concetto, connettesi al tipo classico (3). Poichè in questa vi è, ed io l'ho ammessa, una discontinuità dei rapporti patrimoniali dall'apertura della successione al momento della esistenza dell'erede. Nell'altra forma, quando l'erede vi è, ma è sconosciuto, ammesso l'acquisto di diritto del patrimonio ereditario, è assurdo parlare di persona giuridica. Si può dunque dimandare, almeno per quella forma che riproduce l'antico tipo, quale sia veramente l'intima natura della eredità giacente. Se deve ammettersi o no la *personificazione:* se si deve ritenere come una *finzione,* ovvero ammettere l'esistenza di rapporti di diritto senza subbietto.

(1) Io ho prevista già (sop. n. 40 in fine) la difficoltà che si potrebbe fare all'opinione da me accettata sul sistema dell'acquisto *ipso iure:* perchè non ammettere anche tra i casi di eredità giacente il caso fondamentale del diritto romano, cioè nel tempo intermedio dall'apertura della successione all'accettazione? Ma a tale obbiezione ho già risposto. Questo caso è testualmente escluso. Se l'erede è noto, non vi ha eredità giacente. La mia teorica non è quindi infirmata dal fatto che nel diritto italiano trovansi casi di eredità giacente, che son più proprii rapportati al concetto del diritto romano (istituzione condizionale, istituzione del concepito, di un nascituro non concepito, di un ente da fondarsi). Ma si dirà che allora è preferibile il sistema del Codice francese e del Codice prussiano, o il sistema del dritto romano, del Codice austriaco o del Codice sassone, come i più semplici. Di ciò non discuto, perchè non si tratta della formazione di un nuovo Codice (confr. sop. n. 45). Certo i compilatori del Codice italiano, riformando il Codice francese, non sempre ebbero perfetta consapevolezza degli effetti dei cangiamenti. Ma deve ammettersi anche l'inconscio nella legislazione. È la scienza che sviluppando le regole ed i rapporti eleva anche l'inconscio a perfetta consapevolezza. Ed ora non è il luogo di sviluppare questo concetto, ma l'intelligente lettore, al quale non sono ignote le gravi discussioni sulla natura e sul contenuto della legge positiva, ne trarrà agevolmente da sè le conseguenze. Si dirà pure che le riforme del nostro Codice hanno menomata l'euritmia, in molte parti ammirevole, delle regole del Codice francese: ed in qualche caso l'ammetto. Ma non bisogna nella scienza odierna stare a tipi fissi di paragone in date leggi. L'euritmia può ricomporsi con elementi varii ed elevandosi a concetti più complessi. E tale a me pare il caso della teorica dell'eredità giacente.

(2) I civilisti italiani anche essi si son divisi sulla questione. Il Borsari parla di persona che sta in luogo di quella del defunto, ma non la designa come persona giuridica. *Com.*, III, 1, p. 1134. Il Pacifici nega all'eredità giacente il carattere di persona giuridica, ma in verità poco ha approfondita la teoria. Egli dice che per finzione di diritto l'eredità giacente può considerarsi come la stessa persona del defunto, importando cioè la continuazione di una persona fisica. *Succ.*, VI, p. 455. Contro anche Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, I, p. 82, 83. Invece il Lomonaco designa l'eredità giacente come *persona civile*. *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, p. 221. Il Bellavite si accosta al concetto di Brinz, e considera l'eredità giacente come un patrimonio stante da sè senza un proprietario. Bellavite, *Note di diritto civile*, p. 63. Come persona giuridica l'eredità giacente è ritenuta anche da Chironi, *Ist.*, I, p. 42, II, p. 367. Un valoroso sostenitore della teoria delle persone giuridiche come patrimonii indipendenti appartenenti ad uno scopo, G. Bonelli, ha in varii e pregevoli scritti trattato dell'eredità giacente, alla quale riconosce la personalità giuridica, propria di tali patrimonii. Vedi Bonelli, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, p. 27, 132, Roma 1889 (Estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. VI, VII). *Di una nuova teorica della personalità giuridica*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. vol. IX, p. 356, 357. Confr. dello stesso autore *La istituzione del nascituro*, nota, Roma 1881 (Estratto dal giornale *Corte suprema di Roma*, anno V, fasc. 5), e le note nel citato giornale p. 427, 805, a. 1888, p. 625, a. 1890. Invece il Dusi, pur partendo da concetti molto simili a quelli del Bonelli, nega la personificazione all'eredità giacente. Dusi, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, p. 107, Torino 1891. Nega anche il carattere di persona giuridica alla eredità giacente del diritto civile odierno il Blandini, *Del subbietto dell'eredità giacente nel diritto italiano storico e vigente* (*Antologia giuridica*, VI, p. 55 e seg., Colonia 1892). Egli accetta sotto l'impero del dritto vigente la teorica di Ihering. Conf. sop. p. 459. Ma in verità il Blandini ha poco approfondita la questione sulla natura della eredità giacente nel diritto italiano. E come già si è notato (sop. p. 460, n. 3) ha messo in un fascio statuti di carattere diverso, ed ha raggruppati Codici moderni che seguono opposto sistema in rapporto al sistema di acquisto dell'eredità, come il Codice francese ed il Codice austriaco (scritto citato p. 52, nota 1, e nota 2 in fine).

(3) I civilisti italiani, citati in n. 2, che ammettono la personalità giuridica dell'eredità giacente in tutti i casi, rifiutano l'opinione dell'acquisto *ipso iure* dell'eredità.

Con ciò si è ricondotti al problema fondamentale della natura della persona giuridica. Su questo punto debbo limitarmi a poche osservazioni. Ho avuto già altre volte occasione di brevemente esporre su ciò il mio concetto (1). Io accetto la teorica della realtà della persona giuridica nelle sue fondamentali forme (*corporazione*, *fondazione*). *Volere* e *scopo*, non separati, ma nemmeno identificati, ne costituiscono gli elementi essenziali. Il volere della persona giuridica è il *volere individuato* di un corpo sociale (forme concrete della società civile in generale), indirizzato ad uno scopo; ed i mezzi per la realizzazione sono i beni, come una unità, una organizzazione. Ne risulta un ordinamento, un centro di coscienza e di volere, un subbietto, una persona; e ciò non è opera di un *chiodo immaginario* (2), di un subietto finto, ma della realtà viva delle forze sociali (3). Tale concetto non è dato che da uno scopo sociale *duraturo* e *permanente*. E, posto questo concetto, la eredità giacente, nemmeno nel suo tipo classico, può annoverarsi tra le persone giuridiche. Lo scopo dell'eredità giacente è puramente transitorio. Qui si rivela il difetto già accennato di esagerata astrazione. Se si ammette la persona giuridica, dovunque è mantenuta dalla legge l'unità dei rapporti patrimoniali a dati scopi, ancorachè transitorii, il concetto della persona giuridica verrà allargato e comprenderà anche l'eredità giacente. Ma bisogna tener conto delle differenze. Per l'edità giacente non ha luogo personificazione (4). A spiegare tale istituto è sufficiente la ragione della legge, che mantiene l'unità dei rapporti patrimoniali, o per la preesistente unità di un subbietto, che è passato (il defunto), secondo una teoria, o per l'unità futura, che sarà data dal subbietto che si aspetta (l'erede futuro) (5). E l'ultimo concetto è nel diritto moderno preferibile. E qui si ha ragione di dire che non si tratta di *diritti* in senso proprio, di *diritti subbiettivi*, che non si possono pensare senza subbietto (6); ma, come io direi, di *elementi* o *stati di diritto*, che nulla vieta siano considerati come aspettanti un futuro subbietto. E ciò rimena alle considerazioni già fatte: tali elementi, rapporti,

(1) Vedi la mia *Enciclopedia giuridica*, § 31, 2. edizione, Napoli 1885, ed il mio discorso *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, p. 22, 23, Roma 1887. Conf. per la ricca letteratura tedesca Gierke, *Iuristische Person.*, *Korporation* in Holtzendorff, *Rechstlexicon*, II, pag. 423, 565, Leipzig 1881; Stobbe, *Deutsche Privatrecht*, I, pag. 377-379, Berlin 1882; Regelsberger, *Pandekten*, I, p. 289, Leipzig 1893. Fra le più recenti monografie sulle persone giuridiche è da notare il Bernatzik, che tratta la questione specialmente nel campo del diritto pubblico con riguardi alla teoria generale: Bernatzik, *Die iuristische Persönlichecit der Behörden. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der iuristischen Personen*, Freiburg 1890 (*Aus dem Archiv für oeffentliche Recht*, vol. V, fasc. 2). Per la storia delle teorie nell'antichità e nel medio evo vedi Gierke, *Das deutsche Genossenschaftrecht*, III, Berlin 1881; ed in generale per la teoria l'opera dello stesso Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin 1887. Conf. pure Heusler, *Institutionen des deutsche Privatrechts*, I, § 54-65; Sohm, *Die deutsche Genossenschaft*, Leipzig 1889. Lavori italiani: Forlani, *Delle persone giuridiche (Archivio giuridico*, VII, p. 3-42, anno 1871); Milone, *Le persone giuridiche considerate nel dritto privato romano* (*Filangieri*, II, p. 202-225, anno 1877); Vigliarolo, *Le persone giuridiche considerate in rapporto alla filosofia del diritto*, Napoli 1880; Miraglia L., *Le persone incorporali nella filosofia del diritto*, Napoli 1882 (Estratto dal vol. XVII degli *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche e filosofia del diritto*, p. 292-307, 2. ed., Napoli 1893); Fisichella, *Sulla realtà della persona giuridica*, Catania 1885; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*. Vol. I. Parte generale. Firenze 1889; Bonelli, *Di una nuova teorica della personalità giuridica (Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. IX, p. 335-360, anno 1890). Conf. Dusi, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, p. 68 e seg., Torino 1891.

(2) Brinz (*Pand.*, I, § 60) dice: « Alla stessa guisa che Puchta pensa di dare esistenza giuridica ad un patrimonio senza subbietto mediante la finzione di una persona, noi potremmo fingere di appendere i nostri cappelli ad un uncino, che pensiamo attaccato alla parete ». La similitudine è viva, ma non vera. La forma sociale, il corpo sociale sono vive realtà, e non puri prodotti dell'immaginazione.

(3) Conf. i miei lavori citati in nota 1. Qui aggiungo a chiarimento, che è presupposto nella dottrina che segue il concetto odierno della società civile (conf. la mia *Enciclopedia giuridica*, § 82). Ma non ogni forma sociale è nel senso proprio una persona giuridica. La personalità nel senso sociale è più larga della personalità nel senso giuridico. Come sia possibile la formazione di un centro di coscienza collettiva e di un volere collettivo, è un grave problema di psicologia sociale, che qui deve essere trasandato. Ai fini della teorica della persona giuridica basta l'osservare l'esistenza di numerosi fatti psicologici, che non si spiegano come puri fatti individuali: così sentimenti sociali e forme di volontà e di azione sociale o collettiva. La persona giuridica è la più perfetta organizzazione della volontà e dell'azione di un corpo sociale; in essa l'ordine giuridico presta il massimo afforzamento pel raggiungimento degli scopi sociali mediante un volere ed un'azione sociale. Non si deve quindi confondere *volere* e *scopo*, come ha fatto il Lasson (*Rechtsphilosophie*, p. 446, *Princip und Zukunft* del Völkerrechts, p. 122-140), contro il quale ha ragione Zitelmann di dire che lo scopo non è il *volente*, ma il *voluto*. Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogennanten Juristischen Personen*, p. 59 e seg., Leipzig 1873. Per la necessaria correlazione del volere e dello scopo vedi Bernartzik, *Die juristische Persönlichkeit* der Behörden ecc., p. 64,65. Anche Scialoja ha nelle sue lezioni sostanzialmente accettato il punto di vista generale, che considera la base delle persone giuridiche in organismi sociali. Vedi Scialoja, *Lezioni dettate nella Università di Roma*, 1891-1892, p. 455 (raccolte per cura dei dottori Mapei e Nannini). Vedi anche Regelsberger, *Pand.*, § 76. Pei fondamenti sociologi della teoria vedi Schäffle, *Struttura e vita del corpo sociale*, p. 230-237, 532-534, 615 e seg. (*Bib. dell'Economista*, n. 3, vol. VII).

(4) Vedi Regelsberger, *Pand.*, p. 204, 205.

(5) Il Bonelli in una delle sue pregevoli monografie dice che quando si voglia ricorrere alla *finzione* è meno scontorta e ripugnante la *finzione* della sopravvivenza del defunto, che quella della presenza dell'*erede*, perchè almeno l'esistenza del primo è un fatto passato, ma certo. Bonelli, *Di una nuova teorica della personalità giuridica* (*Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IX, p. 357, nota 27). In verità la finzione della *sopravvivenza* di un morto a me pare meno ammissibile razionalmente della finzione della esistenza della erede. Che un erede debba esistere è certo; pel nostro dritto in mancanza di ogni altra classe di eredi è chiamato lo Stato (articoli 721, 758 Cod. civile); è incerto solo quale debba essere l'erede. — Alla finzione della continuazione della persona del defunto si rannoda il Pacifici, *Succ.*, VI, p. 455; *Ist.*, VI, p. 502. Conf. Cass. Torino, 14 febbr. 1884 (*Giurispr. it.*, XXVI, 1, 712), Cass. Napoli, 31 agosto 1886 (*Foro it.*, 1887, I, 19).

(6) Bonelli, lavoro citato in precedente nota (*Rivista ecc.*, pag. 300).

stati di diritto patrimoniale sono conservati, mantenuti nella loro unità dalla volontà della legge, dal diritto in senso obbiettivo, nell'aspettazione del futuro subbietto (erede) (1). Se vi è caso in cui sia inclinato ad ammettere una sospensione di diritti subbiettivi, è appunto questo dell'eredità giacente nel tipo classico del diritto romano.

Ma credo utile ripetere che tutto ciò importa per la concezione scientifica dell'istituto; ma praticamente (ed il punto di vista pratico è anche esso elemento della scienza) l'importante è l'organizzazione di una amministrazione patrimoniale e la costituzione di una rappresentanza (2). Ed è sotto questo rapporto che nel diritto vigente, l'eredità giacente, in ambedue le sue forme o tipi, dei quali si è discorso, spiegasi col concetto fondamentale che essa rappresenta l'erede.

## § 18. — *Continuazione.*

154. Nei casi dell'art. 980 la nomina del curatore è fatta dal pretore. — 155. Chi abbia dritto a farne istanza. — 156. Se in tali casi il curatore possa essere nominato dal testatore. — 157. Questioni in rapporto agli art. 857-859: *a*) Se la facoltà data all'autorità giudiziaria nell'art. 859 si estenda anche al caso dell'art. 858. *b*) Se l'autorità giudiziaria deve intervenire formalmente ad affidare l'amministrazione a chi vi abbia diritto. *c*) Quale è il giudice competente. Diritto nel testatore di nominare l'amministratore nei casi degli art. 858-860. — 158. I curatori dell'eredità nel caso di istituzione di ente da fondarsi. — 159. Natura dell'ufficio del curatore. - 160. L'obbligo del giuramento. — 161. Scopo della cura. — 162. Gli obblighi del curatore. — 163. Continuazione. — 164. Facoltà del curatore. - 165. L'obbligo nel curatore di versare danaro nella cassa dei depositi giudiziari. — 166. Facoltà di transigere. Questione in rapporto alla facoltà di accettare o rinunziare eredità, e di procedere a divisioni. 167. Responsabilità del curatore. 168. Efficacia degli atti compiuti dal curatore. Azione revocatoria ed azione surrogatoria. Sentenze. — 169. La dichiarazione di giacenza non produce di diritto la separazione dei patrimonii. — 170. Condizione per l'efficacia degli atti del curatore rispetto all'erede. — 171. Atti compiuti dal curatore con terzi in buona fede. — 172. Fine della cura. — - 173. L'obbligo di rendere i conti. — 174. Diritti del curatore in seguito alla resa dei conti.

**154**. La nomina del curatore dell'eredità giacente spetta al pretore del mandamento, in cui si è aperta la successione (art. 981). Mentre il Codice francese, il Codice napoletano ed il Codice sardo deferiscono al tribunale tale nomina (art. 812 Cod. franc., art. 731 Cod. nap., art. 1035 Cod. sardo), il Codice di Parma del 1820 si allontanò pel primo dal Codice francese stabilendo la competenza del pretore (art. 935). I primi progetti di Codice (1860, 1861) si tennero al sistema del Codice francese (art. 1132 progetto 1860, art. 1082 progetto 1861). Invece il progetto Miglietti (1862) si attenne al Codice parmense (art. 1017), e fu seguito in ciò dal progetto Pisanelli (art. 955), dal progetto senatorio (art. 1016) e dal Codice italiano (art. 981). La legge ha creduto rendere più agevole la nomina del curatore deferendola ad una magistratura più vicina, nella massima parte dei casi, al luogo dell'aperta successione. La nomina avviene nella forma di un decreto e dietro istanza delle persone interessate o d'uffizio (art. citato). L'istanza viene fatta nella forma del *ricorso*, trattandosi di giurisdizione volontaria (art. 782 Cod. proc. civ.). Contro il decreto del pretore è ammesso reclamo al presidente del tribunale civile (art. 782 capoverso). Avendo la legge stabilita la competenza del pretore, perchè ha creduto che questo magistrato più vicino al luogo dell'apertura della successione meglio possa procedere alla scelta del curatore, nulla sarebbe una nomina fatta da altra autorità giudiziaria superiore. Ed a ragione è stato deciso che la nomina del curatore deve essere fatta dal pretore, quando anche si renda necessaria in pendenza di un giudizio davanti ad un'autorità giudiziaria superiore (3). Se fosse diversamente, là dove è stabilito un doppio grado di giurisdizione (art. 782), almeno in certi casi, non sarebbe possibile appello. Il decreto, col quale si nomina il curatore, deve essere pubblicato per estratto a cura del cancelliere nel giornale degli annunzi giudiziarii (art. 981). Il decreto stesso stabilirà il termine dentro il quale la pubblicazione deve farsi (art. 896 Cod. proc. civ.) ed il termine dell'affissione alla porta esterna della pretura (art. cit. capoverso) Una copia del decreto deve essere notificata dal cancelliere al curatore. Le forme della duplice pubblicazione, inserzione nel giornale degli annunzi giudiziarii ed affissione alla porta della pretura, servono a rendere noto a chiunque interessi di proporre istanze e ragioni verso l'eredità, che si è proceduto alla nomina del curatore.

**155**. Ha diritto a proporre l'istanza o il ricorso per la nomina del curatore ogni persona che abbia un interesse

(1) Conf. sop n. 137.

(2) La funzione della rappresentanza varia secondo che essa si ha rispetto a persone individuali o a persone giuridiche, e nelle sue varie forme, per es., rappresentanza dei minori stabiliti dalla legge nel tutore, o rappresentanza di una persona pienamente capace. In rapporto alla rappresentanza nelle persone giuridiche, il rappresentante è veramente l'organo del volere e dell'azione di esse. Conf. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, p. 814 e seg. In questo speciale rapporto si rifiette la fondamentale controversia, se il dritto subbiettivo consista in una *signoria del volere*, o in un *interesse*. Io penso che questi due lati non si possono scindere. Ad ogni modo nella persona giuridica, l'organo che individualizza il volere della persona giuridica agisce giuridicamente non nel proprio interesse, ma in quello della persona giuridica. In ciò l'organo si manifesta come il rappresentante dell'interesse della persona giuridica. Confr. Bernartzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden ecc.*, p. 68 e seg. Ora nell'eredità giacente, quantunque a mio parere essa non sia una persona giuridica, l'*interesse* che anima il *volere giuridico* del curatore è precisamente l'*interesse* dell'erede. Nell'organizzazione dell'istituto dell'eredità giacente vi ha anche il fine della garentia degli interessi dei creditori; ma questi interessi sono soddisfatti dal mantenimento dell'unità patrimoniale, come se l'erede esistesse, in quanto esiste il suo rappresentante, il curatore dell'eredità giacente. Il curatore non rappresenta i creditori. Se la concezione della *successio in universum ius defuncti* ha la sua interna ragione nella più efficace garentia per la soddisfazione del diritto dei creditori (conf. sop. n. 7), il mantenimento di tale unità connettesi con tale ragione, ma nel conflitto tra gli *interessi* del creditore e quelli dell'erede il curatore dell'eredità giacente assume la rappresentanza di questi. La natura della rappresentanza del curatore dell'eredità giacente non è rilevata nel suo speciale carattere da Tartufari L., *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, p. 104 e seg., Torino 1892.

(3) App. Napoli, 3 settembre 1869 (*Gazzetta del Procuratore*, IV, 489). Conf. Pacifici, *Successioni*, VII, p. 455.

verso l'eredità: quindi tra esse bisogna annoverare i legatarii, i creditori, i socii del defunto, i conduttori di fondi, i debitori stessi dell'eredità ecc. In mancanza di istanze può procedersi alla nomina del curatore anche di uffizio (art. 981). È un pubblico interesse che il patrimonio sia conservato ed amministrato. Il Codice francese, il Codice napoletano ed il Codice sardo che, come si è visto, stabiliscono la competenza dei tribunale, dànno il diritto di promuovere la nomina al procuratore del re (vedi art. 812 Cod. franc., art. 781 Cod. nap., art. 1035 Cod. sardo).

**156.** Si è affermato che il testatore, prevedendo il caso di giacenza, possa egli stesso nominare il curatore; poichè tale facoltà è compresa nel diritto che egli ha di disporre delle proprie sostanze nel tempo posteriore alla sua morte (1). Io limito ora la questione ai casi dell'eredità giacente, previsti dall'art. 980, cioè nel caso che l'erede non sia noto o gli eredi testamentarii e legittimi abbiano rinunziato; per gli altri casi, da me ammessi (num. 149, 150), discorrerò più innanzi. Ora il caso che il testatore prevegga lo stato di giacenza della eredità nell'ipotesi di erede non noto è sommamente improbabile; si verificherebbe solo se il testatore ignorasse egli stesso di avere eredi legittimi, e non conoscendoli, pur volesse che essi come successori *ab intestato* raccogliessero la sua eredità, e per lo stato di giacenza facesse un testamento nominando soltanto un amministratore. Più facile sarebbe il caso che il testatore prevedesse la rinunzia dei suoi eredi noti. In questa ipotesi, ammessa la facoltà al testatore, essa avrebbe per effetto di costituire con un mandato il rappresentante dell'eredità, e secondo il mio concetto il rappresentante del futuro erede (conf. più innanzi n. 159). In verità dubito che sia nei poteri del testatore di nominare egli stesso il curatore dell'eredità giacente nei casi dell'art. 980. La legge ha espressamente data facoltà al testatore di nominare esecutori testamentarii (art. 903), ma tace quanto al diritto di nominare il curatore dell'eredità giacente. Ed io opino inoltre che anche quando sia nominato l'esecutore testamentario, se si cade in uno dei casi dell'eredità giacente già designati, il curatore dell'eredità giacente sarà necessario, perchè l'esecutore testamentario deve dar conto della sua amministrazione spirato l'anno dalla morte del testatore (art. 908, ultimo alinea. Conf. art. 906). Ora il diritto di nomina del curatore dell'eredità giacente non è stabilito nella legge, e non è compreso nelle facoltà di disporre pel tempo della morte (2). Qualche cosa di analogo il testatore potrebbe stabilire, se ordinasse una istituzione condizionale (3), poichè allora potrebbe a lui riconoscersi la facoltà di nominare un amministratore (conf. n. 157). Solo allora si escluderebbe il diritto dello Stato di presentarsi a raccogliere l'eredità (conf. sop. n. 146). Ma fuori di questa ipotesi non può ammettersi il diritto del testatore di nominare egli stesso il curatore dell'eredità giacente, e quindi obbligare almeno per trenta anni lo Stato a rimanere nell'inazione e a non raccogliere l'eredità, quando anche si fosse sicuri che non esistono successibili aventi un diritto prevalente. La disposizione quindi dell'art. 981 deve considerarsi come una regola di ordine pubblico, alla quale il testatore non può derogare.

**157.** Riconosciuto che nei casi di istituzione condizionale, di un concepito, di un figlio immediato di persona vivente, si abbia eredità giacente (conf. sop. n. 149, 150), l'amministratore in quei casi è un vero curatore. Ma sorgono varii dubbii in rapporto alle disposizioni degli art. 857-859, sia in quanto le regole si considerino in loro stesse, sia in quanto si considerino in relazione alle disposizioni pei curatori dell'eredità giacente.

*a*) V'ha una prima controversia, in quanto si è opinato da un lato che la legge fa differenza tra il caso in cui accanto all'istituito sotto condizione siansi istituiti congiuntamente coeredi senza condizione, in guisa che tra essi e l'erede condizionale possa avere luogo il diritto di accrescimento (art. 858), ed il caso in cui, per mancanza di coeredi congiunti, l'amministrazione debba essere affidata al presunto erede legittimo (art. 859.) Solo in questo secondo caso l'autorità giudiziaria potrebbe altrimenti provvedere, secondo i termini precisi dello stesso art. 859 (4). Dall'altro lato si è sostenuto che la facoltà di nominare amministratori diversi da quelli designati dalla legge spetta anche nei casi dell'art. 858 (5). A sostegno della prima opinione si è cercato di giustificare la differenza, in quanto nel caso dell'art. 858 l'amministrazione è affidata al congiunto coerede in forza della presunta volontà del testatore (6). Ma il Pacifici confessa di non aver trovata una ragione soddisfacente della differenza (7). In ogni modo si è detto che non potrebbe estendersi la facoltà data al giudice nell'art. 859 al caso dell'art. 858, trattandosi di disposizione eccezionale che non ammette interpretazione estensiva (8); e si è pur detto che se il legislatore avesse voluto regolare i casi dell'art. 858 ed 859 nel modo stesso, avrebbe fatta una sola disposizione (9). Io non nego che la redazione presta un valido argomento per questa opinione; e non può negarsi che il pensiero di regolare analogamente i due casi poteva essere espresso in una forma più chiara e precisa, sia componendo in una disposizione i due casi, sia facendo della riserva contenuta nell'art. 859

(1) Dusi, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, pag. 149.

(2) Dell'esecutore testamentario qui non è il luogo di discorrere. Tuttavia è questo il caso in cui un mandato è costituito pel tempo della morte, ed in rappresentanza di un volere di un morto, e la legge ha data espressa facoltà al testatore di nominarlo. Può giustificarsi, e lo si vedrà in seguito (n. 157), che il testatore abbia la facoltà di nominare un amministratore nei casi degli art. 958 a 960, ma per ragioni intrinseche alle disposizioni condizionali. Ma quando la legge non contiene norme espresse, o dalle quali si possa direttamente argomentare, impera il principio generale che ogni rappresentanza cessa con la morte del rappresentato (arg. art. 1757).

(3) Se il testatore, p. es. istituisce lo Stato sotto la condizione che entro un certo tempo non si presentino eredi legittimi di lui in grado di succedere.

(4) Pacifici, *Succ.*, III, p. 300.

(5) Losana, *Le successioni testamentarie*, pag. 367, 368.

(6) Pastore, *Commento al Cod. sardo*, VII, p. 172-174.

(7) Pacifici, l. c., molto dubitativamente aggiunge che la ragione potrebbe essere che il coerede, istituito puramente, ha dei beni, coi quali può rispondere d'infedele amministrazione, mentre l'erede legittimo può mancarne. Ma l'insufficienza di questa ragione non ha bisogno di essere dimostrata.

(8) Pacifici, l. c.

(9) Pastore, *Com.*, VII, p. 172.

un articolo indipendente, riferibile ai due casi. Ma queste argomentazioni non hanno un grande valore per l'interpretazione. Più forte è la ragione addotta dal Pacifici, che trattandosi di disposizione eccezionale non è ammessa interpretazione estensiva; ma che sia la disposizione eccezionale è anche discutibile. È certo un gran motivo di dubbio quello di non poter trovare una interna ragione di differenza, poichè quella addotta dal Pastore, della presunta volontà del testatore, non pare sufficiente. A me sembra che dove è esclusa la facoltà all'autorità giudiziaria di nominare un amministratore diverso da quello designato dalla legge nei termini dell'art. 859, è nel caso dell'istituzione di un concepito. Per tal caso è detto: l'*amministrazione spetta al padre e in mancanza alla madre* (art. 860, capoverso). Nella formula usata, l'*amministrazione spetta*, è enunciato un diritto del padre che il giudice non può disconoscere (1). Ma nella formula dell'art. 858, l'*amministrazione sarà affidata* (che è la stessa formula dell'art. 859), non è così incondizionatamente affermato il diritto di amministrazione del coerede congiunto. E non può negarsi che se il coerede, istituito congiuntamente, è tal persona da non dare sicurezza di buona amministrazione, l'istituito sotto condizione, che pure ha interesse per la conservazione della quota che eventualmente potrà devolversi a lui al verificarsi della condizione, ha diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria perchè sia nominato un amministratore capace (2). È questo il principio generale di diritto, ed in conseguenza questo principio contenendosi essenzialmente anche nella disposizione dell'articolo 859, non si tratta di una interpretazione estensiva. Io inclino in conseguenza ad ammettere che, dietro opposizione dell'istituito sotto condizione sospensiva, l'autorità giudiziaria, riconoscendo *giusti* i motivi dell'opposizione, nomini anche un amministratore diverso dal coerede congiuntamente istituito (3).

*b*) L'autorità giudiziaria deve intervenire formalmente con decreto ad *affidare* l'amministrazione a chi vi abbia diritto (art. 858, 859, 860), ovvero la sua azione si svolgerà in seguito a domanda di interessati, per una contestazione, decidendo con sentenza? Il Losana opina che l'autorità giudiziaria debba sempre formalmente ed espressamente *affidare* con decreto l'amministrazione alle persone designate dalla legge, acciocchè esse abbiano legale conoscenza delle attribuzioni loro commesse, siano messe in mora ad esercitarle e possano, occorrendo, far valere le ragioni che per avventura credano avere per essere dispensate (4). Il Pacifici non tratta esplicitamente la questione; ma poichè egli afferma che nel caso che l'amministrazione debba essere affidata all'erede legittimo (art. 858), il provvedimento diverso dell'autorità giudiziaria deve essere richiesto dall'erede condizionale, parmi che professi l'opinione opposta (5). A me pare che la questione presenti una certa gravità. Anche per questa controversia io muovo dal capoverso dell'art. 860, notando la differenza della parola usata dalla legge nei casi degli art. 858, 859. Trattandosi della istituzione di un concepito, è detto che l'amministrazione *spetta* al padre e in mancanza alla madre: con tal formula la legge esprime il concetto che l'amministrazione è assunta dal padre di diritto, e senza bisogno di decreto di magistrato (6). Ma nei casi, in cui sia chiamato il coerede congiunto o l'erede legittimo, la legge usa l'espressione ben diversa *sarà affidata*. È facile quindi indurre che a tale scopo è chiamata l'autorità giudiziaria. E le ragioni addotte dal Losana sono gravi. L'art. 861 parifica questi amministratori ai curatori delle eredità giacenti; sono anzi, a mio parere, veri curatori (conf. sop. n. 149): ora la serie degli obblighi, che essi assumono come tali, ed i diritti che esercitano, giustificano l'intervento dell'autorità giudiziaria nella nomina. Si potrebbe dire contro che nei casi di istituzione condizionale trattasi di

(1) Di contraria opinione il Pacifici. Questo autore, che pure non estende la facoltà al giudice di provvedere alla nomina di un altro amministratore nel caso di istituzione condizionale, ritiene come certo che tale facoltà a norma dell'art. 859 si abbia anche nel caso del concepito, se l'amministrazione è tenuta dal padre. Pacifici, *Succ.*, III, p. 301. Ma i *giusti motivi* dell'art. 859 sono motivi di convenienza apprezzabili dal magistrato, e questi motivi non possono farsi valere di fronte al dritto del genitore. Diversamente sarebbe se si facessero valere motivi di incapacità, o se i genitori fossero stati privati dell'amministrazione di figli già nati per abuso di patria potestà o cattiva amministrazione dei loro beni (art. 223).

(2) Quanto alla facoltà di rimuovere o surrogare un amministratore infedele o incapace, conf. più innanzi n. 171, *a*, testo e nota.

(3) Non trattano la questione: Buniva, *Succ.*, p. 276; Bellavite, *Note*, ecc., p. 320; Lomonaco, *Istituzioni*, III, p. 139; non chiaro è il Borsari, III, I, art. 858, 859, § 1855. Per la natura dei lavori del Chironi e del Gianturco è naturale che essi non facciano alcun cenno della questione; però, dato il carattere di questi scrittori, in generale così precisi, parmi che per la formula delle regole e per la punteggiatura segua l'opinione per la quale io inclino, Chironi, *Ist.*, II, p. 430; e che invece segua la contraria Gianturco, *Ist.*, p. 314. — Per l'opinione da me prescelta vedi Cassaz. Torino, 14 dicembre 1866 (*Annali*, 1866, I, 258).

(4) Losana, *Le successioni testamentarie*, p. 368.

(5) Pacifici, *Succ.*, III, p. 300.

(6) Conf. sop. (testo e n. 1). La Corte di cassazione di Torino, 14 dicembre 1866 (*Annali*, I, 258), applicando il Codice sardo, accennando ai casi di nomina degli amministratori in caso di istituzione condizionale e di un nascituro non ancora concepito (art. 839-842 Cod. sardo), e deferendola al tribunale (conf. più innanzi p. 479, n. 2), non parla della nomina dell'amministratore nella persona del padre nel caso della istituzione di un concepito. Ma il Codice sardo non aveva il capoverso dell'art. 860 del Codice vigente, e quindi il silenzio della Corte non può addursi come un argomento sotto l'impero del Codice vigente. (Per l'origine di questo capoverso conf. sop. p. 469, n. 15). Nel Codice sardo il dritto di amministrazione del padre rispetto ai figli concepiti è compreso nella disposizione dell'articolo 231. Ma sotto l'impero del vigente Codice la disposizione del capoverso dell'art. 860 non invalida il dritto di amministrazione del genitore già sancito con formula generale nell'art. 224 1° alinea, ma solo la modifica. Riscontra sop. p. 470 n. 13. — In generale è a notare che mentre trattandosi di una istituzione condizionale e di una istituzione di nascituro non concepito, nei limiti in cui questa è ammessa, l'amministrazione è affidata all'erede, che in caso di mancata nascita è chiamato a raccogliere l'eredità; nel caso dell'istituzione di un concepito prevale il dritto del padre o della madre. Nel primo caso prevale l'interesse degli eventuali eredi, in caso che l'istituzione venga a mancare; trattandosi della istituzione di un concepito prevale l'interesse di questo. Come si spieghi il capoverso dell'art. 860 in rapporto all'art. 224 vedi sop. luogo citato.

interesse privato; che lo stesso istituito condizionalmente può vegliare, acciocchè l'amministrazione assunta da una delle persone designate dalla legge non lo danneggi nella sua eventuale eredità: ma accanto a questo interesse privato è anche l'interesse pubblico che sia formalmente stabilito l'amministratore, affinchè chiunque abbia obblighi o diritti verso l'eredità sia messo al sicuro del pericolo di un intruso nell'amministrazione. La pubblicità, che è un supremo interesse della società moderna, e che tutela il diritto dei terzi, reclama l'intervento dell'autorità giudiziaria (1). E mi sembra anche riconosciuto dalla giurisprudenza italiana (2). Se non vi è controversia sulla persona, a cui spetti l'amministrazione, l'autorità giudiziaria in seguito a ricorso di interessati provvederà alla nomina formale con decreto (art. 228 e seg. Cod. proc. civ.) (3). Se poi vi è controversia, l'autorità giudiziaria deciderà nelle forme del procedimento contenzioso con sentenza.

c) Si domanda finalmente, posta l'opinione che sia necessario un decreto di nomina dell'autorità giudiziaria, quale è il giudice competente. Fra i Codici preesistenti, il Codice di Parma non indicava il giudice competente (art. 789-791 Cod. proc.); ma il Codice sardo designò il tribunale nell'art. 840. Quanto ai progetti precedenti al vigente Codice, il progetto di revisione del Codice sardo ed il primo progetto di Codice italiano riprodussero la disposizione del Codice sardo (art. 963 progetto del 1860, art. 917 progetto del 1861). Ma nel progetto Miglietti (1862), la disposizione dell'art. 840 Codice sardo venne variata, e si disse in generale *salvo che l'autorità giudiziaria per questi motivi creda conveniente di provvedere altrimenti* (art. 860). Tale dizione, passata nel progetto Pisanelli (art. 826) e nel progetto senatorio (art. 886) è stata sancita dal Codice italiano (art. 859). Ma malgrado la mutata formula è a ritenere che l'autorità giudiziaria competente alla nomina degli amministratori nei casi degli art. 858-860 sia il tribunale. Se sorge contestazione tra varii pretendenti all'amministrazione, a mio parere è chiamato a decidere il tribunale, perchè il diritto ad amministrare a me sembra un diritto di valore indeterminabile, ed in conseguenza un diritto che rientra nel disposto dell'art. 81 del Codice di procedura civile. È logico quindi ritenere che lo stesso tribunale *affidi* l'amministrazione a chi vi è chiamato dalla legge, quando il diritto non è messo in controversia. Forse il sistema del Codice potrà parere così men conseguente del sistema del Codice sardo, poichè questo deferiva al tribunale e la nomina degli amministratori nei casi degli articoli 858-860 1° alinea, e quella del curatore dell'eredità giacente, mentre nel Codice vigente solo la nomina del curatore dell'eredità giacente è deferita al pretore, ed io non dissimulo che avrei preferito che il sistema non fosse stato mutato. Ma questa stessa variazione conferma la opinione da me esposta: perchè ove il Codice non avesse deferita la nomina del curatore dell'eredità giacente al pretore, anch'essa sarebbe rientrata nella giurisdizione del tribunale, e per analogia nella disposizione dell'art. 81. Inoltre il Codice deferendo al pretore la nomina del curatore dell'eredità giacente è stato mosso dal pensiero che trattandosi di eredità giacente per erede sconosciuto o rinunziante urge il provvedere, mancando chi ha interesse diretto ed immediato alla conservazione del patrimonio; invece tale urgenza non si ha nel caso di istituzione condizionale, quando e l'erede condizionale, ed il coerede, ed in ogni caso l'erede legittimo hanno quell'interesse diretto ed immediato a vegliare per la conservazione del patrimonio, ed a promuovere dal tribunale il provvedimento per l'amministrazione dei beni ereditarii.

Negando al testatore la facoltà di nominare il curatore dell'eredità giacente nei casi dell'art. 980 (conf. sop. n. precedente) mi è occorso di accennare che è a riconoscere nel testatore il diritto di designare l'amministratore nei casi degli art. 858-860. Per questi casi vale la ragione che tale facoltà rientra nella facoltà di testare, non però nella facoltà astratta di testare, ma in quanto tali specie di disposizioni sono riconosciute dalla legge. Poichè al testatore è data la facoltà di creare uno stato di giacenza della eredità col carattere, secondo il mio concetto, di sospendere la continuazione dei rapporti patrimoniali, non esce fuori di questa facoltà la nomina dell'amministratore (4). Qualche difficoltà potrebbe elevarsi in rapporto al caso della istituzione di un concepito per la formula del capoverso dell'art. 860, e per l'art. 224; ma a ragione si è invocato l'art. 247 che dà la facoltà al testatore di nominare un curatore speciale pel minore istituito; e la disposizione per la sua ragione è applicabile anche al caso di istituzione di un concepito (5).

**158.** Nel caso di eredità giacente per la costituzione di ente da fondarsi, sono curatori gli amministratori nominati dal testatore, o anche l'esecutore testamentario (arg. art. 98, Regolamento 5 febbraio 1891 per la esecuzione della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza). Se il testatore non ha nominati gli amministratori o un esecutore testamentario, la congregazione

(1) Anche su questa questione la maggior parte degli scrittori italiani di diritto civile tace. Il Chironi dice che l'amministratore *è scelto fra le persone aventi sulla cosa un interesse più immediato e diretto*. Se, come ho notato, egli pensa che l'autorità giudiziaria possa per *giusti motivi* fare una scelta diversa la formula da lui usata accennerebbe all'intervento dell'autorità giudiziaria nella *scelta*. Vedi Chironi, op. e loc. cit.

(2) Appello Modena, 16 marzo 1883: « L'art. 857 ha voluto provvedere alla conservazione ed al buon governo dell'eredità lasciata a taluno sotto la condizione sospensiva mediante la nomina di un amministratore da farsi dal giudice, designando nel successivo articolo 858 le persone, a cui lo stesso giudice deve affidarle » (*Legge*, 1883, II, 347). Cass. Torino, 14 dic. 1866: « Attesochè tale è appunto il disposto degli art. 838-842, 1036 Cod. albertino (corrispondenti agli art. 857-861, 982 Cod. ital.) a tenore del quale quando l'erede fu istituito sotto condizione, od è un nascituro non ancora concepito, si deve dal tribunale nominare un amministratore tra le persone ivi designate, salvo si creda conveniente di procedere ad altra nomina ». Conf. Cass. Torino, 30 marzo 1880.

(3) Losana, *Le successioni testamentarie*, p. 368.

(4) Cassaz. Torino, 14 dic. 1866 (*Ann.*, I, 258); Cassaz. Firenze, nov. 1868 (*Giurispr. ital.*, 1868, I, 945); Cass. Torino, 30 marzo 1880 (*Giurisprudenza torinese*, 1880, 403); App. Modena, 16 marzo 1883 (*Legge*, 1887, 347). — Per una non esatta generalizzazione della ragione addotta dalle Corti nelle decisioni riferite si è formulata la regola generale che in tutti i casi di eredità giacente sia riconosciuta al testatore la facoltà di nominare il curatore. Contro tale regola vedi sop. n. 156.

(5) Cassaz. Torino, 30 marzo 1880; Cassaz. Firenze, nov. 1868; Appello Modena, 16 marzo 1883, citate in nota precedente.

di carità deve fare gli atti conservatorii occorrenti a promuovere il riconoscimento legale dell'ente (art. 84 legge sulle istituzioni di beneficenza). E la istituzione di ente da fondarsi avendo analogia con le istituzioni condizionali (conf. sop. n. 151), opino che trovino applicazione le disposizioni degli art. 858, 859 durante il tempo intermedio tra l'apertura della successione ed il decreto di costituzione dell'ente. La congregazione di carità in conseguenza, tra gli atti conservatorii designati dalla legge sulle istituzioni di beneficenza (art. 84 legge citata), e che deve compiere, promuoverà anche al caso il provvedimento dall'autorità giudiziaria, la quale anche qui per giusti motivi può non nominare il coerede congiunto all'ente da fondarsi o l'erede *ab intestato*. E nel caso di inazione della congregazione di carità, anche il sindaco od il prefetto possono fare ricorso al tribunale (arg. art. 98 regolamento citato, combinato con l'art. 84, alinea 3, 5 legge sulle istituzioni di beneficenza).

**159.** Poche parole ora occorrono per determinare la natura dell'ufficio del curatore dell'eredità giacente (conf. sop. n. 152). Il curatore è un rappresentante costituito per legge. Tale rappresentanza per la fonte è analoga alla rappresentanza del padre e del tutore (1), e con ciò non intendo disconoscere le differenze essenziali che derivano dalla natura della patria potestà e della tutela, alle quali tale rappresentanza collegasi (art. 224, 277 Cod. civ.). Ha una speciale analogia con la rappresentanza del curatore nel caso dell'art. 247. Ha analogia col mandato, in quanto l'ufficio del curatore dell'eredità giacente non si assume senza la volontà di chi è nominato, e perciò si usa designarlo come un mandato legale (2). Ma la figura del mandato, come una delle fonti della rappresentanza, nulla aggiunge a chiarire la natura del rapporto stesso della rappresentanza nel caso dell'eredità giacente. Esclusa la personificazione, esclusa nei casi dell'art. 980 ogni discontinuità nei rapporti patrimoniali, il curatore della eredità giacente rappresenta l'erede, e lo rappresenta anche negli altri casi, nei quali per la incertezza dell'eredità tale discontinuità si deve ammettere (conf. sop. n. 152). Il curatore dell'eredità giacente non rappresenta i creditori: la tutela degli interessi di questi è data in quanto il patrimonio ereditario è conservato ed amministrato; ma il diritto dei creditori non si trasforma per la morte del debitore e per lo stato di giacenza: il diritto del creditore sul patrimonio nello stato di giacenza è il generale diritto di garentia (art. 1949). Così designato il carattere dell'ufficio del curatore, non ha alcuna importanza pratica la questione, se essa sia una *cura personae*, o una *cura rei* o *bonorum*. Se si vuole ritenere questa distinzione nel senso che la *cura personae* sia propria dei Codici che accettano l'acquisto *ipso iure*, è una *cura personae* quella dei casi dell'art. 980, perchè secondo il nostro concetto l'eredità si acquista *ipso iure*. Ma dall'altro lato nei casi di istituzione condizionale, di concepito, di nascituro, figlio immediato di determinata persona vivente, odi ente da fondarsi, potrà designarsi l'amministratore come *cura bonorum* (3). Ma la rappresentanza è istituita nel prevalente interesse dell'erede, il quale anche nei casi designati non è certo (vedi sopra nn. 148-151). L'ufficio del curatore non è gratuito, ed in conseguenza egli ha diritto al compenso per l'opera che presta. Qui non si tratta di un vero mandato stabilito nel contratto, e quindi non si può argomentare dall'art. 1789.

**160.** Il curatore, prima d'ingerirsi nell'amministrazione, deve prestare giuramento davanti al pretore di custodire fedelmente i beni dell'eredità, di renderne conto sempre che ne sia richiesto, e di amministrarli da buon padre di famiglia (art. 897 Cod. proc. civ.). Nel diritto francese non è imposto al curatore l'obbligo del giuramento. Non l'imponeva il Codice di procedura napoletano del 1819. Tale obbligo fu sancito prima dal Codice di procedura parmense del 1820 (art. 1159), e lo seguirono il Codice di procedura sardo (art. 1099) ed il Codice estense (art. 1156). Un simigliante obbligo imponeva il § 1587 del Regolamento romano del 1834. Il Codice vigente si è tenuto a queste tradizioni italiane. Il processo verbale del giuramento è fatto dal cancelliere della pretura (art. 897 Codice proc. civ.). Per le norme della compilazione vedi proc. civ. art. citato. Malgrado l'art. 861 che equipara gli amministratori nei casi degli art. 858-860 ai curatori delle eredità giacenti nei carichi e nelle facoltà, il giuramento non può considerarsi come uno dei carichi estesi agli amministratori indicati. Le norme procedurali contenute nell'art. 897 citato, e l'indicazione del giudice competente da un lato, dall'altro la natura stessa del giuramento, escludono l'estensione di tale obbligo.

Niuna disposizione di legge impone al curatore dell'eredità giacente l'obbligo della cauzione, ed è dottrina dominante che egli non sia sottoposto a tale obbligo (4).

**161.** L'eredità giacente è ordinata all'amministrazione

(1) Pacifici, *Successioni*, III, p. 457.

(2) Così Dusi, *L'eredità giacente*, p. 153. Esattamente il Tartufari L. riconosce nel curatore dell'eredità giacente la rappresentanza derivante dalla legge. Vedi Tartufari L., *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, p. 79. Egli però, seguendo il Pacifici, *Succ.*, III, p. 457, ed il Ricci, *Corso di diritto civile*, XV, p. 156 e seg., e la Cassaz. di Firenze, 14 febbraio 1874 (*Giur. ital.*, XXVI, I, 702), dice che il curatore ha la rappresentanza giuridica dell'eredità.

(3) Conf. sop. p. 461, nn. 1 e 4. — Considera in tutti i casi la cura dell'eredità giacente come *cura bonorum*. Dusi, *L'Eredità giacente*, pag. 156. Il Dusi segue l'opinione che nel diritto italiano l'eredità si acquista mediante l'accettazione.

(4) Conf. Aubry e Rau, VI, § 642; Duranton, VII, 70; Demolombe, XV, 433; Pacifici, *Successioni*, VI, p. 458. A ragione osservano Aubry e Rau che non osta l'art. 983 combinato con l'art. 975 L'obbligo imposto da questo articolo all'erede beneficiario di dare cautele pel valore dei beni mobili, per il frutto degl'immobili, e pel prezzo dei medesimi, che potesse sopravanzare al pagamento del creditore ipotecario, non è una disposizione relativa al *modo di amministrazione*. Ed essi aggiungono che i curatori dell'eredità giacente debbono immediatamente procedere alla vendita dei beni mobili, e non sono autorizzati a riscuotere i denari ed i crediti ereditari, e quindi non vi ha alcuna ragione per sottometterli all'obbligo della cauzione. Aubry e Rau, l. c., n. 6. — In contrario, sotto l'impero del Codice sardo, opinò il Pastore, argomentando dal § 13, lib. III, tit. 4, delle costituzioni generali sarde. Vedi Pastore, *Commento* ecc., IX, p. 577. — Pel caso degli amministratori indicati agli art. 857-860 la cauzione è anche indubitatamente esclusa. La cauzione è imposta nell'art. 856 all'erede gravato di legato; ma non negli art. 857 e seguenti. Ciò conferma il principio che il curatore dell'eredità giacente non sia obbligato a cauzione.

e conservazione dei beni ereditarii (art. 980 Cod. ital.); ed a tale scopo è istituito il curatore. Nè il Codice francese (art. 811), nè i Codici preesistenti italiani (Cod. nap., art. 750; Cod. par., art. 934; Cod. sardo, art. 1034; Codice estense, art. 1016) contengono l'aggiunta *si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditarii per mezzo di un curatore*, che leggesi nell'art. 980 (1). Tale aggiunta fu fatta nel progetto di revisione del Codice sardo (1860) e, trascurata dal progetto del 1861, fu accettata dal progetto Miglietti (art. 1016). Da questo progetto l'ha derivato il Codice vigente. Nell'art. 980 è detto *amministrare o conservare:* tale disgiuntiva spiegasi con la natura diversa dei beni ereditarii, perchè taluni di essi si amministrano come fondi ecc., altri si conservano, come le gallerie di quadri, musei, ecc. Ma bene considerando nel suo insieme i beni ereditarii, dicesi che l'ufficio del curatore è di conservare ed amministrare il patrimonio (2).

**162.** A tale ufficio si coordinano gli obblighi del curaratore. Egli è innanzi tutto obbligato a procedere all'inventario (art. 982), e si osservano per esso le norme stabilite per l'erede con beneficio d'inventario. Però in quanto tali norme non presuppongono la qualità di erede. E si domanda innanzi tutto se ad esso sia applicabile il termine di tre mesi per fare l'inventario a norma dell'art. 959. Si è data una soluzione negativa per la ragione che tal termine presuppone la qualità di erede in chi deve compierlo (3). Ma dall'altro lato non si trova nel Codice alcun termine espressamente stabilito per l'adempimento di tale obbligo. Bisogna ritenere quindi che per la compilazione dell'inventario è dato al curatore quel tempo che basta a compierlo, e che l'autorità giudiziaria possa anche fissarlo o d'ufficio o in seguito ad istanza di interessati e che all'uopo possa anche accordare una proroga. Quanto alla forma dell'inventario applicansi le regole date dal Codice di procedura per quanto siano applicabili al caso. L'art. 874 di questo Codice espressamente prescrive che le disposizioni contenute negli art. 866-873 *si applicano ad ogni inventario ordinato dalla legge*. Le specialità della confezione dell'inventario debbono essere rimandate all'esposizione della procedura civile. Nei trenta giorni successivi alla formazione dell'inventario il curatore deve promuovere la vendita dei mobili (art. 898 Cod. proc. civ.). Per tale vendita si osservano le prescrizioni stabilite per la vendita degli oggetti pignorati (art. 623 e seg. Codice di procedura) per quanto siano esse applicabili (art. 898 combinato con l'art. 875 Cod. proc. civ.) (4). Se occorra la vendita di immobili, censi e rendite, si procederà anche con le norme stabilite per l'erede col benefizio d'inventario (art. 898 citato, 2ª alinea). In conseguenza il curatore per vendere gl'immobili deve ottenere l'autorizzazione giudiziale (art. 973 combinato con l'art. 983 Cod. civ.), che richiederà con ricorso al tribunale civile del luogo in cui si aprì la successione, facendo la descrizione degl'immobili che intende vendere (art. 876 Cod. proc. civ.). Il tribunale provvede, sentito il ministero pubblico (art. citato capoverso, conf. legge 28 novembre 1875, art. 2). Il tribunale nello stesso decreto con cui concede l'autorizzazione, nomina da uno a tre periti che stabiliscano il prezzo degl'immobili ed ordina che su questo prezzo si faccia la vendita, assegnando l'udienza per l'incanto (articolo 877, 1° alinea). Si osservano inoltre per quanto sono applicabili, le disposizioni riguardanti il procedimento per l'incanto stabilito pel giudizio di espropriazione (5) (art. 662 e seg.) ed in generale quelle contenute nel capo I, tit. III, lib. II, del Codice di procedura civile (art. 877, 2ª alinea Codice proc. civ.). Tutte queste disposizioni sono applicabili agli amministratori indicati negli art. 858-860. Vedi art. 861, 982 Cod. civ.

**163.** Il curatore, come rappresentante legale dell'eredità, è tenuto ad esercitarne e promuoverne le ragioni, ed a rispondere alle istanze proposte contro la medesima (articolo 982 Cod. civ.). In conseguenza egli ha diritto di rivendicare immobili ereditarii, chiamare in giudizio i debitori dell'eredità, intentare azioni possessorie, ecc. Ed ha l'obbligo di assumere in giudizio la difesa dell'eredità per le azioni contro di essa promosse. Rientra nell'ufficio della conservazione ed amministrazione del patrimonio, la difesa giudiziaria dei diritti, e quindi è anche questo un *modo di amministrazione* (art. 983): in conseguenza se il curatore sostiene lite senza plausibile fondamento, sarà condannato in proprio nelle spese (art. 979).

**164.** Non è necessaria un'ampia esemplificazione degli atti di ordinaria amministrazione, che il curatore ha facoltà di compiere. S'indicano comunemente tra questi atti le riparazioni ordinarie e straordinarie, le spese per la coltura dei fondi, la vendita dei frutti dei fondi, le locazioni non eccedenti il novennio, ecc. (6). Ma sorge primieramente il dubbio per le locazioni ultra novennali. Tali locazioni, nel sistema della nostra legge, sorpassano i limiti della semplice amministrazione, e sono considerate come atti di alienazione (art. 1572 ed arg. art. 296, articoli 1314 n. 4, 1927 n. 5). La questione ammette una duplice soluzione. Sottoporre le locazioni ultra novennali all'autorizzazione giudiziaria (arg. art. 988 Cod. proc. civ.): ovvero negare in ogni caso tale facoltà al curatore (7). Ragioni senza dubbio gravi sostengono l'ultima opinione:

(1) Lo stesso concetto si trova espresso però nell'art. 813 Cod. francese.

(2) Pacifici, *Successioni*, VI, p. 458; Chironi, *Istituz.*, II, § 443. Non senza ragione il Dusi considera come superflua la dichiarazione aggiunta nell'art. 980, bastando l'art. 982 per determinare la funzione del curatore. Dusi, *L'eredità giacente*, pag. 148.

(3) Dusi, o. c., p. 159, 160.

(4) La ragione per la quale è ordinata la vendita dei mobili è il loro facile deperimento, ed anche perché rappresentano un capitale infruttifero e di difficile conservazione. Trattandosi però di oggetti di valore ed artistici, si è opinato, e secondo me con ragione, che si possa ottenere autorizzazione dal pretore a conservarli. Losana, *Disposizioni comuni* ecc., p. 309; Dusi, *L'eredità giacente*, p. 166, n. 3.

(5) Le vendite di immobili a trattativa privata sono valide, se il tribunale le abbia autorizzate? La Cass. di Torino, 22 ottobre 1883 (*Foro*, *Rep.*, 1884, v. *Successione*, n. 103) ha deciso negativamente. In contrario Losana, *Disposizioni comuni* ecc., n. 377. Questo autore opina che tanto le vendite di mobili quanto quelle di immobili possono farsi a trattativa privata dietro autorizzazione giudiziaria, argomentando dagli art. 290, 297 Cod. civ. E tale argomentazione è giusta.

(6) Pacifici, *Successioni*, VI, p. 460; Dusi, *Dell'eredità giacente*, p. 164, 165.

(7) Dusi, op. cit., p. 167, 168.

l'art. 1572 si esprime in un modo generale: la locazione che eccede i nove anni non è permessa a coloro i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione. Così non è permesso al tutore di fare locazioni ultra novennali senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 296); e non è permesso nemmeno al padre, perchè egli non può fare atti *eccedenti i limiti della semplice amministrazione* (art. 224). Per procedere il padre a locazioni eccedenti il novennio deve ottenere l'autorizzazione del tribunale. La legge dunque ha in questi casi espressamente stabilite le forme di garentia nell'interesse dei minori. Ma pel caso del curatore dell'eredità giacente, la legge tace. Tuttavia in caso di necessità, e quando per la condizione dei luoghi, la natura dei fondi, ecc. non si avesse altro modo che fare locazioni ultra novennali, a me pare che si possa riconoscere la facoltà al curatore di provvedervi in seguito ad autorizzazione giudiziaria. L'autorizzazione giudiziaria si richiede nei casi della vendita di immobili e della transazione (art. 876, 881 combinati cogli art. 898, 899): ora non parmi che tali articoli contengano disposizioni speciali; ma casi di un principio generale, che si deriva dall'ordinamento dell'istituto dell'eredità giacente, la conservazione e l'amministrazione del patrimonio nell'interesse del futuro erede e dei creditori. Ma il patrimonio non si conserva se si lasciano fondi improduttivi e non coltivati. E per la stessa ragione è a riconoscere che il curatore dell'eredità giacente possa anche far prestiti ipotecarii per urgenti necessità di conservazione dei beni ereditarii, ottenendone l'autorizzazione giudiziaria. Si supponga un edificio di gran valore che minacci rovina e non si trovi a vendere a prezzo adeguato, e le risorse annuali non bastino a restaurarlo, e si negherà ogni mezzo per conservare al futuro erede, ed eventualmente allo Stato, un immobile, per avventura anche di un valore artistico inestimabile? Ciò contraddice alla pubblica economia, ed alle interne ragioni sociali, per le quali l'eredità giacente è istituita (1). Se i creditori si credono lesi possono opporsi all'autorizzazione, ricorrere al caso in appello, e provocare anche il giudizio di espropriazione (2).

**165.** Il curatore è tenuto a versare nella cassa dei depositi giudiziarii (3) il danaro che si trovasse nell'eredità, ed il danaro che si ritraesse dalla vendita dei mobili o degli immobili, nel caso che la vendita degli immobili occorresse e fosse stata debitamente autorizzata (conf. sop. n. 164). È questa una disposizione scritta non pure nell'interesse dei legatarii e dei creditori, ma anche dell'erede. Il curatore dovrà pure fare lo stesso deposito per le somme provenienti da censi, canoni e rendite dell'eredità? Si è sostenuto in un modo assoluto l'affermativa (4). Il Pacifici si limita a riconoscere tale obbligo solo pel sopravanzo delle rendite annuali (5). Invece il Laurent opina che l'obbligo imposto dall'art. 987 non può estendersi oltre al caso previsto, e che non è lecito ricorrere allo spirito della legge (6). La prima opinione è costretta a sostenere che ogni somma deve essere versata alla cassa dei depositi giudiziarii, e che il curatore deve ottenere l'autorizzazione giudiziaria per prelevare dalla cassa stessa il danaro occorrente alla propria gestione (7). Tutto questo non è scritto nella legge, ed impaccia fortemente la gestione del curatore. Si è notato che il Codice francese non impone giuramento al curatore, e che quindi non si ha nel Codice di procedura francese un articolo corrispondente all'art. 897 del vigente Codice di procedura. Ora a norma dell'art. 897 il curatore giura di custodire fedelmente i beni dell'eredità, e di *renderne conto semprechè ne sia richiesto*. Tale disposizione del Codice di procedura civile non contiene solo l'obbligo di rendere il conto finale della gestione, ma di più *renderne conto semprechè ne sia richiesto*. Ciò importa che chiunque abbia interesse, ed in conseguenza i creditori ed i legatarii, ed anche il pretore, che ha nominato il curatore, possono richiedere i conti. Ciò è confermato anche dall'origine storica della disposizione. Il Codice di procedura di Parma all'art. 1159 era così formulato: " Il curatore deve giurare nelle forme

(1) Il Dusi nega qualunque facoltà di fare prestiti e costituire ipoteche, perchè con tali atti si prolunga e complica l'amministrazione, che deve invece essere al più presto liquidata. Dusi, *L'eredità giacente*, p. 168. Ma la liquidazione dell'eredità non è lo scopo dell'eredità giacente, che, come si è detto, è ordinata prevalentemente nell'interesse dell'erede, ma anche nell'interesse sociale che proprietà e capitale non vengano diminuiti o dispersi. Il Codice di procedura del 1865 aveva rettamente apprezzato l'interesse sociale nella cura dell'eredità giacente, ordinando che il Pubblico Ministero, custode e rappresentante dei generali interessi sociali, intervenisse e concludesse in tutte le cause che riguardano: « i minori, gli interdetti e gli inabilitati, gli assenti dichiarati, e generalmente tutti quelli che sono rappresentati o assistiti da un curatore o da un amministratore delegato dall'autorità pubblica » (art. 346, n. 5 Cod. pr. civ.). Fra questi ultimi si comprendono i curatori dell'eredità giacente. Ma la legge del 28 novembre 1875 limitò nel Pubblico Ministero presso le Corti di appello e i tribunali l'obbligo di conchiudere alle *cause matrimoniali* e nei casi in cui procede per via di azione. Tale innovazione è sembrata anche ad eminenti magistrati non opportuna. In ogni modo la legge del 1875 ha riserbate al P. M. le facoltà concesse nell'ultimo capoverso dell'art. 346 Cod. pr., e nell'art. 140 legge sull'ordinamento giudiziario (6 dic. 1865); e nulla è innovato quanto alle attribuzioni del Pubb. Minist. negli affari di volontaria giurisdizione (art. 2 legge citata). Ed argomentando dagli art. 876, 881 Cod. pr. civ. (combinati art. 898, 899), ritengo che il P. M. debba intervenire in tutti i casi nei quali ho ammessa la necessità dell'autorizzazione.

(2) Il Borsari non esamina la questione in rapporto all'ipoteca, ma per le locazioni ultranovennali, per le accettazioni e le rinuncie di eredità, ed in generale per tutti gli atti eccedenti l'amministrazione ammette l'autorizzazione giudiziaria. Borsari, *Commento* ecc., III, 1, § 2105. Quanto all'ipoteca non osta l'art. 1971. Questa disposizione riguarda l'ipoteca giudiziale. Per la sua ragione conf. più innanzi p. 486, n. 8. In conclusione anche un prestito ipotecario a buone condizioni potrebbe essere autorizzato dal giudice per soddisfare ai creditori, quando la vendita di immobili sarebbe rovinosa.

(3) La cassa di depositi giudiziari è la cassa di depositi e prestiti regolata dalla legge 17 maggio 1863. Vedi art. 8 legge citata. Conf. Regolamento relativo del 9 dic. 1875, art. 26-28. Quanto al rapporto con le casse postali di risparmio vedi legge 27 maggio 1875.

(4) Aubry e Rau, VI, p. 734; Arntz, II, p. 159. Fra gli italiani conf. Losana, *Disposizioni comuni*, n. 375; Dusi, *Dell'eredità giacente*, p. 172.

(5) Pacifici, *Successioni*, VI, p. 459.

(6) Laurent, X, 201.

(7) Aubry e Rau, l. c.; Dusi, l. c.

prescritte dalla legge di custodire fedelmente i beni dell'eredità, e di rendere conto della sua amministrazione ogni volta che ne sia richiesto o *dalle autorità competenti, o dagli aventi interesse* „ (conforme Cod. estense, art. 1156). Primo il Codice sardo soppresse le parole sottolineate (art. 1099 Codice sardo), ed il Codice italiano ne ha seguito l'esempio: ma tale soppressione non indica la mutazione della regola. I compilatori del Codice sardo e poscia quelli del Codice italiano pensarono che disponendo che i conti si dovessero dare sempre che fossero richiesti, risulta chiaro che non si tratti del conto finale: e quanto alle persone che possono richiederlo, esse vengono indicate dai principii generali. Ammesso l'obbligo a dare i conti, ha dritto di pretenderlo, anche giudiziariamente e con azione, chi ha interesse ad averlo (arg. art. 36 Cod. proc. civ.) (1). Ed il dritto del pretore deriva dal dritto di nomina, ed anche di revoca nel caso di infedele gestione.

Non può dirsi dunque che nel sistema del Codice italiano non ci siano garentie pei creditori verso il curatore. In conseguenza io penso, che non tutti i proventi delle rendite debbono essere versati nella cassa dei depositi giudiziarii, ma, col Pacifici, soltanto i sopravanzi. Se ciò il curatore non fa, i creditori han diritto di chiedere i conti, ed il pretore anche di ordinare di ufficio che si rendano: ed ordinare in seguito, se avanzi risultano, che siano versati nella cassa dei depositi. Quanto ai rimborsi di crediti ereditarii, si è concordi nel ritenere che essi debbono essere versati nella cassa dei depositi giudiziarii. Ma sorge il dissenso intorno al punto, se tale versamento debba essere fatto direttamente dai debitori ereditarii (2), ovvero il curatore possa egli riscuotere i capitali, e versarli quindi alla cassa dei depositi (3). La legge considera la riscossione dei capitali come atto eccedente la semplice amministrazione (art. 225, 296, 318, 339). Anzi la riscossione dei capitali non può fare neppure la moglie senza l'autorizzazione del marito (art. 134), e pure essa ha così larga capacità (conf. sop. p. 414, 441). Per tale ragione mi associo alla dottrina dominante, ritenendo che i debitori dell'eredità non sono liberati pagando direttamente al curatore, ma solo col versamento della somma dovuta nella cassa dei depositi giudiziarii. Se pei bisogni della gestione il curatore ha bisogno di riscuotere capitali, deve esserne autorizzato dall'autorità giudiziaria. I creditori, pagando direttamente al curatore, sarebbero liberati, se il versamento poi effettivamente seguisse, e anche se fosse provato che il capitale riscosso è stato impiegato in vantaggio dell'eredità (*in rem versio*) (4). Quanto al pagamento dei debiti ereditarii, essi sono eseguiti dalla cassa dei depositi, ma se il curatore abbia ottenuta autorizzazione di pagare, avendo fondi disponibili di sopravanzi di rendite, opino che egli possa pagare. Ma sempre è necessaria autorizzazione a pagare per parte dell'autorità giudiziaria. Se non sorge contestazione, tale autorizzazione è fatta con decreto, ed il curatore emetterà il mandato: se interviene contestazione giudiziaria, il pagamento è fatto in seguito a sentenza. Tenuto conto dell'essenziale differenza tra l'erede beneficato, che è proprietario, e la cui precipua funzione è la liquidazione del patrimonio ereditario, ed il curatore dell'eredità giacente, che è precipuamente istituito alla conservazione ed amministrazione del patrimonio, si applicheranno le regole stabilite dalla legge per l'erede beneficiato (art. 989); e quindi al caso potranno essere applicate le disposizioni del primo capoverso dell'art. 976, e trattandosi di eredità oberata, può trovare applicazione anche l'art. 977 (5). E per brevità qui mi astengo da un ulteriore sviluppo delle regole cennate (6).

**166.** Compiuto l'inventario, e decorsi trenta giorni dalla pubblicazione del decreto di nomina, il curatore può transigere (art. 899 Cod. proc. civ.). Però la transazione del curatore, come quella dell'erede beneficiato, deve essere approvata dall'autorità giudiziaria competente per valore; poichè se l'oggetto della transazione non eccede il valore di lire mille e cinquecento, l'autorizzazione è data dal pretore, e se eccede detto valore, dal tribunale civile, sentito il pubblico ministero. L'autorità giudiziaria, come pel caso dell'erede beneficiario, può richiedere il parere di uno o più giureconsulti da essa nominati, e ordinare le altre cautele che creda convenienti (art. 881, 839 combinati). La transazione sorpassa evidentemente i poteri di amministrazione; ma poichè nella utilità di procedersi era necessario che alcuno vi procedesse nell'interesse dell'eredità, l'autorizzazione giudiziaria completa in questo atto la capacità del curatore, ed il suo intervento ed i poteri che essa ha di sentire il parere di uno a tre giureconsulti, e di stabilire cautele, provvedono acconciamente ad evitare dannose transazioni.

Non si ha nella legge alcuna disposizione che riguardi la facoltà del curatore di accettare o rinunziare eredità, già deferite al defunto, ma non accettate o rinunziate

(1) Quantunque nel Codice francese di procedura non vi sia un articolo corrispondente all'art. 897 del Codice italiano di procedura, pure in rapporto all'obbligo di rendere i conti ai creditori ed ai legatarii, semprechè ne sia richiesto, si ritiene la stessa regola nella dottrina, argomentando dagli art. 813, 814, 803 combinati. Vedi Aubry e Rau, VI, § 642, n. 2.

(2) Aubry e Rau, VI, § 642, p. 734; Delvincourt, II, pag. 109; Toullier, IV, 402; Chabot, all'art. 813, n. 2; Duranton, VII, 70; Demolombe, XVI, 446; Arntz, II, p. 159; Pacifici, *Successioni*, IV, p. 459. — Per la giurisprudenza francese vedi Aubry e Rau, l. c., n. 11.

(3) Laurent, X, 202; Dusi, *L'eredità giacente*, p. 173; Losana, *Disposizioni comuni* ecc., p. 310. Il Dusi argomenta dalla mutata dizione del Codice italiano rapporto al Codice francese. Questo dice: *Il administre, sous la charge de faire verser le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus, dans la caisse* ecc. — Il Codice italiano dice *è tenuto... a versare nella cassa* ecc. Ma tale dizione origina dalla traduzione italiana ufficiale del Codice francese. In esso la regola dell'art. 813 fu così tradotta: *e l'amministra coll'obbligo di versare il contante che si trova nell'eredità* ecc.; e la dizione passò nel Codice napoletano del 1819 (art. 752) e nel Codice sardo (articolo 1036). L'argomentazione non mi pare quindi di una grande efficacia.

(4) Vedi Aubry e Rau, l. c.

(5) Art. 976: « Se all'erede sono notificate opposizioni per parte di un creditore o di altro interessato, egli non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinati dall'autorità giudiziaria »..... Art. 972: « I creditori non opponenti, i quali si presentano dopo esausto l'asse ereditario nel soddisfacimento degli altri creditori e dei legatari, hanno soltanto regresso contro i legatari ».

(6) Conf. Pacifici, *Succ.*, VI, p. 460.

prima della sua morte. Su questa facoltà nella dottrina italiana si è manifestato un dissenso. Il Pacifici opina che il curatore possa accettare e rinunziare dietro autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Egli osserva che gl'interessati potrebbero in base all'art. 951 fare fissare un termine al curatore perchè dichiari se accetti o rinunzii. Non vi ha altro mezzo, dice il Pacifici, per provvedere a questo interesse, che riconoscere nel curatore la facoltà di farsi autorizzare dal giudice ad accettare o rinunziare (1). Il Losana opina che il curatore possa rinunziare all'eredità, in seguito ad autorizzazione giudiziaria, che possa accettare con beneficio d'inventario anche senza autorizzazione, ma che non possa mai accettare puramente e semplicemente, nemmeno con autorizzazione, perchè con l'accettazione pura e semplice potrebbe essere pregiudicata l'eredità (2). Il Dusi finalmente, fondandosi sulla natura dell'accettazione, come un diritto personale, che deve essere lasciato all'individuale apprezzamento dell'erede, nega al curatore ogni diritto di accettare o rinunziare. In caso di istanze di interessati, si dovrà anche questa eredità dichiarare giacente. Se vi sono coeredi con diritto di accrescimento o sostituiti, che succederebbero in mancanza dell'erede ignoto, essi potranno essere immessi nel possesso provvisorio dell'eredità (art. 48 Cod. civ.) (3). L'opinione del Dusi non è accettabile. Che l'accettazione dell'eredità deve essere lasciata all'apprezzamento dell'erede, che può avere anche ragioni morali per non farla, è vero. Ma queste ragioni riguardano prevalentemente il chiamato all'eredità, e non la persona, alla quale il diritto di accettare è trasmesso, anzi secondo il sistema dell'acquisto *ipso iure*, è trasmesso di diritto il patrimonio, salvo il diritto di consolidare o no definitivamente l'acquisto. Tuttavia non nego che anche l'erede ignoto, presentandosi, potrebbe avere ragioni morali a rinunziare l'eredità. Ma il diritto di accettare non è tal diritto che non ammetta rappresentanza legale. Il tutore con l'autorizzazione del consiglio di famiglia può accettare l'eredità del minore o dell'interdetto (art. 296, 329). Le ragioni morali per accettare o rifiutare sono qui apprezzate dal rappresentante legale. In parecchie legislazioni moderne la cura dell'eredità è analogamente trattata alla cura dei minori, e per rapporto all'accettazione o al rifiuto dell'eredità valgono le stesse regole (4). Inoltre l'art. 951 dà a chi ha interesse verso l'eredità il diritto di chiamare l'erede in giudizio per costringerlo a dichiarare se accetta o rinuncia l'eredità. Ora tale istanza si dirige contro il curatore dell'eredità giacente, che è chiamato a rispondere alle istanze proposte contro la medesima (art. 982). Il curatore non potrebbe essere considerato come rinunziante, nè l'autorità giudiziaria potrebbe stabilire un termine, scorso il quale tale effetto si verificherebbe. È dunque ragionevole il dire col Pacifici che l'autorità giudiziaria fissi un termine al curatore per dichiarare se accetti o rifiuti l'eredità, e fatta tale dichiarazione, l'autorizzi ad accettare o a rifiutare. Un ingiusto rifiuto del curatore a dichiararsi potrebbe promuovere la rimozione. L'ingegnoso espediente del Dusi di dichiarare giacente anche l'eredità non accettata dall'*auctor successionis* non ovvia poi al pericolo che durante la giacenza dell'eredità il diritto di accettare in questa trasmesso sia prescritto, e così vengano danneggiati e l'interesse dell'erede e l'interesse dei creditori della eredità. Non credo poi applicabile al caso l'art. 42 Cod. civ., poichè in questo si fa la ipotesi che una persona, della cui esistenza non costa, sia chiamata all'eredità; ma non l'ipotesi che una eredità non venga accettata durante la vita, e si dichiari giacente. Il diritto di accettare entra nell'*universum ius*, che per mancanza di erede noto, cade nella giacenza. Non è ammissibile il presupposto che nel sistema della legge non si trovi la regola per l'accettazione o la rinunzia dell'eredità, non accettata dal trasmittente. Certamente sarebbe logico che la legge prescrivesse, come pei minori e gli interdetti, che tali eredità fossero accettate col beneficio dell'inventario: ma la nostra legge non dà tale regola. Invece può dirsi principio generale che in tutti gli atti che sorpassano i limiti della semplice amministrazione, e che è opportuno si compiano dal curatore, intervenga la autorizzazione giudiziaria. Questa dunque autorizzerà ad accettare o rifiutare. E sarà prudente che il curatore chiegga sempre un'accettazione con beneficio d'inventario, e l'autorità giudiziaria non l'accordi che con questa condizione.

Il curatore ha facoltà di procedere a divisione: ma anche

(1) Pacifici, *Successioni*, VI, p, 461.

(2) Losana, *Disposizioni comuni*, p. 170.

(3) Dusi, *L'eredità giacente*, p. 170.

(4) Il Codice sassone, che pel sistema dell'acquisto mediante accettazione (conf. sop. n. 140), riconosce una vera *hereditas iacens*, dichiara espressamente che per l'amministrazione della eredità sono applicabili al rappresentante di essa (curatore) le regole della tutela (§ 2248). Quindi, come nel caso di eredità deferite ai minori, così pei curatori è necessaria l'approvazione del tribunale delle tutele per accettare o rinuuziare eredità (§ 2248 combinato col § 1913). Secondo il dritto territoriale prussiano, nel quale non vi ha vera *hereditas iacens* (conf. sop. n. 140), il curatore dell'eredità ha in generale i diritti ed i doveri di un tutore (I, 9, § 473). Sotto l'impero di questo diritto, pel caso di eredità deferite ai minori, applicavansi le regole dei §§ 643, 644 Il tutore in conseguenza poteva accettare l'eredità con beneficio d'inventario senza approvazione del tribunale delle tutele, ma non poteva accettarle puramente o rinunciarle senza l'approvazione dello stesso. Secondo l'ordinamento delle tutele del 5 luglio 1875 il tutore può anche accettare senza il beneficio dell'inventario, ma il minore non perde con ciò il beneficio (§§ 50, 83 *Vormundschaftsordnung*). Per la rinunzia è necessaria l'autorizzazione del tribunale (§ 42, n. 14). — In forza del § 473 già citato del Codice del 1794, opino siano applicabili le precedenti regole al caso che l'autore della successione, pel quale è stato nominato il curatore, non abbia nè accettato nè rinunziato, ed abbia trasmesso questo diritto come faciente parte del patrimonio. Un dubbio però sorge da ciò, che il curatore dell'eredità non potrebbe rinunziare alla successione per la quale è nominato (§ 472, I, 9, *Preuss. Landrecht*). Vedi Eccius, *Preuss. Privatrecht*, IV, p. 629. Ma parmi che per le ragioni dell'istituto della cura tale disposizione sia giustificata per l'eredità, alla cura della quale il curatore è chiamato, ma non per la eredità trasmessa. Vedi in generale per la cura dell'eredità, Eccius, l. c. Conf. Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, III, § 216. Il progetto di Codice civile tedesco applica anche esso alla cura dell'eredità le prescrizioni della tutela (§§ 2080. 1743). Il tutore non può rinunziare eredità senza l'approvazione del tribunale delle tutele (§ 1674 n. 2). Nel caso di cura dell'eredità i diritti e gli obblighi del tribunale delle tutele competono al tribunale delle successioni (§ 2061).

qui vi è dissenso. Il Pacifici sostiene che il curatore possa procedere senza autorizzazione giudiziaria a divisioni amichevoli e giudiziali, poichè la divisione è un atto necessario, al quale egli sarebbe astretto giudiziariamente (1). Il Dusi, senza distinguere, dice che il curatore può farsi autorizzare a procedere a divisioni (2). Per le divisioni amichevoli accetto senza alcuna esitazione l'ultima opinione. E ritengo che anche quando il curatore voglia promuovere una divisione giudiziale, abbia bisogno dell'autorizzazione. Non ne avrà però bisogno, quando è convenuto in un giudizio di divisione. E sol per questo caso vale la ragione del Pacifici. Questa stessa distinzione è fatta pel caso del tutore, il quale senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia non può procedere a divisioni o provocarle giudizialmente (art. 296), ed una regola analoga deve ritenersi pel caso del padre, perchè egli non potendo fare atti eccedenti la semplice amministrazione, senza l'autorizzazione del tribunale (art. 224), non potrà nemmeno procedere a divisioni o *provocarle giudizialmente* senza di essa.

**167.** La responsabilità per colpa del curatore dell'eredità giacente regolasi secondo i principii generali (articolo 897 Cod. proc. civ., art. 1224 Cod. civ.), poichè egli è tenuto alla diligenza di un buon padre di famiglia (articoli citati). Quantunque l'art. 897 Cod. di proc. civ. non si abbia nel Codice francese, la dottrina è concorde nel ritenere che l'art. 970, (art. 804 C. f.), riguardante l'erede beneficiario, non è ad esso applicabile (3). Quest'articolo contiene una attenuazione della responsabilità dell'erede beneficiario, in quanto pel suo carattere di erede egli amministra le cose proprie, sebbene anche nell'interesse dei creditori. Ma dall'altro lato si è argomentato dall'art. 1746, per decidere che la responsabilità del curatore dell'eredità giacente, che ha normalmente un ufficio retribuito, deve essere con maggiore rigore valutata (4). Non è qui il caso di rannodare questa questione alla teorica generale della graduazione della colpa. Ma qui mi basta accennare che ritengo che secondo l'espressa disposizione dell'art. 1224 capoverso, non si può applicare la regola per l'aggravamento o l'attenuazione della responsabilità, se non *per certi casi* stabiliti dalla legge (5). Ora nel caso del curatore dell'eredità giacente non è stabilito nè che la regola si debba applicare con maggior rigore, nè con minore. Dunque si applica la regola normale. E ciò sia perchè non vi ha nella cura vero mandato (conf. sop. n. 159), sia perchè da regole speciali non è ammesso argomentare per analogia. E ciò tanto più in quanto si è autorevolmente sostenuto che anche quando fosse pattuito un compenso per la gestione dell'erede beneficiario, non cambia il grado di colpa, del quale egli è responsabile (*colpa grave*, art. 970) (6). Eccetto il caso, s'intende, che si fosse pattuito espressamente un grado maggiore di responsabilità.

**168.** Gli atti compiuti dal curatore, legittimamente nominato, entro i limiti del suo ufficio, e nelle forme stabilite dalla legge, han valore ed efficacia, sia rispetto all'erede, quando si presenta, sia rispetto ai creditori. In quanto tali atti son fatti dal legale rappresentante dell'erede, valgono come atto di questo, come l'atto del proprietario del patrimonio in giacenza (7). E rapporto specialmente ai creditori, questi non possono impugnare gli atti legittimamente compiuti dal curatore dell'eredità giacente (8). Ma come possono in forza dell'azione revocatoria (articolo 1235) far rivocare un atto compiuto in frode delle loro ragioni dall'autore della successione, possono fare rivocare nelle condizioni stabilite dalla legge un atto compiuto anche dal curatore, in frode e pregiudizio delle loro ragioni (9). I creditori possono anche esercitare l'azione surrogatoria (art. 1234) (10). Poichè questa azione può dirigersi o a puro scopo di conservazione, o allo scopo di soddisfarsi del credito (però come è noto ciò è controverso), niuna difficoltà nel primo caso. Ma quando l'azione surrogatoria mira alla soddisfazione, assume una forma che può parere esecutiva, ed in contraddizione coi poteri e le funzioni del curatore. Il Demolombe riconosce nei creditori il diritto di procedere ai mezzi esecutivi presso terzi (*saisie-arrêt*) sotto la condizione però che le somme siano passate al creditore per l'intermedio della cassa dei depositi (11). Anche il Laurent opina identicamente; ma mentre il Demolombe non si preoccupa della difficoltà che nasce dal concetto che il curatore sia mandatario dei creditori, perchè, egli dice, il curatore non è il rappresentante speciale di essi, il Laurent invece, che sostiene questo concetto, non dissimula la difficoltà, ma risponde che la legge non ha voluto togliere ai creditori i loro diritti. Però aggiunge essere possibile che mentre i creditori agiscono per essere soddisfatti sui beni della successione, questi siano venduti dal curatore. È questa, secondo il Laurent, una lacuna della legge (12). Aubry e Rau non trattano la questione in rapporto all'eredità giacente, ma pel caso dell'eredità beneficiata riconoscono ai creditori il diritto di agire contro i terzi debitori della successione, ritrattando così la opinione espressa nella precedente edizione (13); ed è da pensare che risolvano nel modo stesso la questione anche nel caso dell'eredità giacente. Invece l'Arntz è di opposta opinione pel caso di accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario, e non tratta nemmeno egli la questione pel caso dell'eredità giacente, ed è da indurre che i due casi siano analogamente considerati. Egli dice che i cre-

(1) Pacifici, *Successioni*, IV, p. 462.

(2) Dusi, *L'eredità giacente*, p. 168.

(3) Aubry e Rau, VI, § 642, testo e nota 19; Zachariae, IV, § 642, testo e nota 4; Laurent, X, 195 e seg.; Arntz, II, 1471; Maleville, Chabot all'art. 814.

(4) Dusi, o. c., p. 178.

(5) Conf. Chironi, *La colpa nel dritto civile odierno*, I, n. 52, Torino 1884.

(6) Chironi, *Della colpa nel dritto civile odierno*, I, n. 119.

(7) All'erede quindi deve essere negata l'opposizione di terzo. Partendo dal concetto che il curatore non rappresenti l'erede, è di contraria opinione Galluppi, *Teoria dell'opposizione del terzo*, n. 116, Torino 1895.

(8) Conf. Dusi, *L'eredità giacente*, n. 97-100, tenendo conto però del concetto diverso da me sostenuto intorno alla cura dell'eredità giacente e dell'acquisto dell'eredità.

(9) Le somme che provenissero dall'esercizio di tale azione dovrebbero essere depositate dai creditori nella cassa dei depositi giudiziarii, come ha deciso la Cassaz. francese, 13 febbraio 1865, 6 giugno 1809. Conf. Dusi, *L'eredità giacente*, pagina 171, n. 1.

(10) App. Genova, 17 aprile 1891 (*Temi genovese*, 1891, 277).

(11) Demolombe, XV, n. 447.

(12) Laurent, X, 204.

(13) Aubry e Rau, VI, § 618, testo e nota 74.

ditori non sono autorizzati a procedere con mezzi esecutivi contro i beni, dei quali l'amministrazione è affidata dalla legge all'erede beneficiario. La legge impone l'obbligo di amministrare i beni della successione e di renderne conto; e ciò è incompatibile col diritto dei creditori a procedere contro i beni della successione (1). Ma gli stessi scrittori che come il Demolombe, Laurent, Aubry e Rau, riconoscono il diritto ai creditori di procedere con mezzi esecutivi presso terzi (*saisie-arrêt*), e secondo il linguaggio della nostra legge *pignoramento presso terzi* (art. 611 Cod. proc. civ.), non sono punto d'accordo intorno allo scopo ed alla natura dell'azione surrogatoria. Demolombe e Laurent sostengono una teorica opposta in rapporto allo scopo dell'azione, poichè il primo vede in essa un provvedimento diretto alla riscossione, il secondo invece un provvedimento diretto a far rientrare nel patrimonio del debitore ciò che si consegue dall'esercizio dell'azione (2). Aubry e Rau infine opinano che l'azione surrogatoria abbia il duplice scopo sostenuto dagli autori precedenti (3). Fra gl'italiani, nel Pacifici si ha un breve accenno al diritto dei creditori di esercitare le loro azioni sia contro l'eredità beneficiata, sia contro l'eredità giacente, e procedere anche esecutivamente sui beni di esse (4); ma mentre in rapporto all'eredità giacente nota che i creditori della successione potrebbero esercitare l'azione revocatoria, tace della surrogatoria (5). La questione è difficile, e si connette con la controversa teorica dell'azione surrogatoria. La più grave obbiezione che può farsi alla dottrina, la quale ritiene che l'azione surrogatoria possa essere diretta dal creditore allo scopo della soddisfazione del proprio diritto, è che essa così si traduce in un mezzo esecutivo, in una specie di pignoramento (*saisie-arrêt*, secondo la formula francese), senza le guarentigie di esso. S'intende da sè che qui non è il luogo di larga discussione su questo difficile punto. È necessario però che dichiari che io seguo l'opinione che l'azione surrogatoria possa avere il duplice scopo o di conservazione o di soddisfazione (6). E non nego che in quest'ultima funzione essa assume una certa forma esecutiva, ma ben diversa dai proprii mezzi esecutorii, come il pignoramento presso i terzi; e non è a dire che manchi ogni guarentigia. Ora, posti questi concetti, derivano direttamente dalle disposizioni della legge le obbiezioni che possono farsi al diritto del creditore di intentare l'azione surrogatoria a scopo di soddisfazione. Se, come dice il Demolombe, il denaro dovuto da un debitore dell'eredità è reclamato con tale azione, deve essere versato nella cassa dei depositi giudiziarii; esso rientra nel patrimonio giacente, ed il pagamento dei debitori dell'eredità deve essere fatto dal curatore a norma dell'art. 976 (combinato con l'art. 983): cioè se vi sono opposizioni, secondo l'ordine ed il modo determinati dall'autorità giudiziaria, e se opposizioni non vi sono, il curatore paga i creditori secondo l'ordine di presentazione (7). È dunque il curatore quegli che ha il diritto ed il dovere di pagare i creditori a misura che si presentano. Si potrebbe aggiungere inoltre che per espressa disposizione (art. 1971) le condanne ottenute dai creditori non producono ipoteca giudiziale sui beni dell'eredità giacente (8). Con ciò si chiarisce il pensiero della legge che la morte del debitore fissa i rapporti dei creditori sul

(1) Arntz, II, p. 148.

(2) Demolombe, XXV, 132; Laurent, XVI, 393, 398.

(3) Aubry e Rau, § 312, n. 4, 11.

(4) Pacifici, *Successioni*, V, n. 155, VI, n. 255.

(5) Pacifici, l. c.

(6) Aubry e Rau, l. c. Conf. Zachariae, II, § 312. Fra gli italiani seguono la stessa opinione Pacifici, *Istituzioni*, V, 97; Giorgi, *Obbligazioni*, II, 194, 195, 199.

(7) Art. 976: « Se all'erede sono notificate opposizioni per parte di un creditore o di altro interessato, egli non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinati dall'autorità giudiziaria. — Se non vi sono opposizioni decorso un mese dalla trascrizione ed inserzione, di cui è cenno nell'art. 955, ovvero dal compimento dell'inventario, quando la detta pubblicazione sia stata anteriore, l'erede paga i creditori ed i legatari a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di poziorità ». Conf. art. 808 Cod. franc., 727 Cod. nap., 932 Cod. par., 1031 Cod. sardo, 1012 Cod. estense.

(8) Il Codice francese nell'art. 2146 dichiara in una maniera generale priva di effetto l'iscrizione presa da un creditore dopo aperta la successione, nel caso che l'eredità sia stata accettata col beneficio dell'inventario. La dottrina in Francia ha estesa la disposizione per parità di ragione al caso anche di eredità giacente. Vedi Merlin, *Rep.*, v. *Iscrizione ipotecaria*, IV, n. 5; Zachariae, II, § 271; Aubry e Rau, § 272, e scrittori ivi citati. Il Còdice napoletano del 1819 nell'art. 2040 modificò il corrispondente articolo del Codice francese, ammettendo che l'ipoteca si potesse iscrivere anche sui beni dell'eredità beneficiata, se per la brevità del tempo essa non si fosse potuta eseguire; e ciò era presunto se dall'atto sino alla morte del promettente non erano trascorsi quindici giorni. Magliano e Carrillo distinsero se l'eredità fosse dichiarata giacente, perchè non noti gli eredi, o perchè questi avessero rinunciato, e solo nel secondo caso applicavano la regola dell'art. 2040. Magliano e Carrillo, *Commentario*, VI, p. 391. Questa distinzione è arbitraria, nè fu seguita da altri scrittori. Ma la disposizione fu soppressa dal Codice di Parma, e l'esempio fu seguito dal Codice sardo. Nemmeno il Regolamento romano del 1834 conteneva alcun divieto di iscrizione di ipoteche sui beni dell'eredità beneficiata e giacente. La disposizione del Codice francese, che prevede la iscrizione di una ipoteca sui beni di un defunto (art. 2149), trova una limitazione pel caso dell'eredità beneficiaria (art. 2146), ed argomentando da questo articolo anche pel caso dell'eredità giacente. Il Codice di Parma, il Cod. sardo ed il Regolamento romano avevano una disposizione identica a quella dell'art. 2149 Cod. franc. (art. 2194 Cod. par., art. 2250 Cod. sardo, § 149 Regolamento romano); era dunque riconosciuta la regola generale che si potessero iscrivere ipoteche sui beni di un defunto, e senza eccettuare i casi di eredità beneficiata ed eredità giacente. In rapporto al Codice sardo conf. Pastore, *Dei privilegi e delle ipoteche*, II, pagine 182-186, Torino 1845. Seguì il sistema del Codice sardo il Progetto Cassinis del 1860 (vedi art. 2187). Questo progetto soppresse l'ipoteca giudiziale. Invece il progetto del 1861 la ristabilì, ed inserì sotto questa epigrafe all'art. 2167 un ultimo capoverso dichiarando che « le sentenze non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di una successione accettata con beneficio d'inventario da eredi maggiori di età, nè sui beni di un debitore che abbia fatta domanda di essere ammesso alla cessione giudiziale ». Il principio dell'art. 2149 Cod. franc. fu sancito nell'art. 2189. Il progetto Miglietti del 1862 seguì lo stesso sistema, e sotto l'epigrafe della *ipoteca giudiziale* pose un terzo capoverso così formulato: « Le sentenze di condanna non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di una eredità giacente, od accettata con beneficio d'inventario ». Il progetto Pisanelli (art. 1939, 3° comma) e quello senatorio (art. 1996, 2° comma) conservarono la regola e la formula dell'anteriore progetto Miglietti. Il Codice ne fa una disposizione indipendente (arti-

patrimonio giacente, e che tali rapporti non possono essere variati. Ciò dovrebbe condurre però a negare al creditore ogni diritto di promuovere procedimenti esecutivi, come pignoramenti presso terzi (*saisie-arrêt*), como per questi ultimi fecero Aubry e Rau nelle loro precedenti edizioni (1) e fa ancora in una maniera più generale l'Arntz (2). Ma nè i procedimenti esecutivi, come i pignoramenti presso i terzi, nè l'azione surrogatoria costituiscono diritto di poziorità. Sono gli uni e l'altra mezzi dati al creditore diligente per essere soddisfatto. Non è dunque alterata la posizione dei debitori. Ed in rapporto all'azione surrogatoria gli altri creditori possono intentarla anch'essi, e così associarsi al creditore istante per ottenere egualmente la soddisfazione dei loro diritti. Così possono presentare le loro ragioni, e fare anche opposizione alle pretese del creditore. Ed allora lo stesso articolo 976 dà la regola, perchè l'autorità giudiziaria stabilisce l'ordine col quale i creditori debbono essere soddisfatti. Che se essi non fanno opposizione o non intentano per loro conto l'azione surrogatoria, il creditore che ha esercitata la surrogazione, e prima chiede il pagamento, deve valere come un creditore che siasi prima presentato, e deve essere primo pagato (art. 976 capoverso). Ed è inutile il giro delle somme dalle mani del debitore della successione nella cassa dei depositi, e poi il formale pagamento fatto dal curatore dell'eredità. Poichè io divido l'opinione di quegli scrittori, i quali sostèngono che quando l'azione surrogatoria ha per scopo di soddisfarsi con la somma dovuta alla successione, sia necessaria l'autorizzazione giudiziaria (3), è l'autorità giudiziaria stessa che applica la regola dell'art. 976. L'opinione, che sottrae ai creditori della successione il diritto di difesa individuale dei proprii diritti, e quindi ogni forma di esecuzione e pignoramenti presso terzi, ed anche l'esercizio dell'azione surrogatoria a scopo di soddisfazione, sarebbe fondata se l'eredità giacente fosse un istituto di liquidazione. Ma tale concetto è errato. Poichè infine io non ritengo che il curatore sia il rappresentante dei creditori, niuna difficoltà a me si presenta da questo lato. Che se il curatore provvede egli alla vendita dei beni ereditarii, nelle forme della legge, per pagare i creditori, nè i creditori possono disconoscere il diritto di lui, come rappresentante dell'erede, di scegliere nell'interesse di questi il miglior modo di soddisfarli, nè intentare l'azione surrogatoria, che presuppone la negligenza del debitore (4).

Le sentenze che sono pronunziate contro il curatore, in rapporto all'eredità giacente, hanno efficacia anche contro i creditori chirografari. E ciò non perchè il curatore sia il loro rappresentante, ma perchè egli rappresentando l'erede ignoto nei limiti dei suoi poteri, i giudicati che riguardano il patrimonio dell'eredità valgono come se fossero stati emanati contro l'erede proprietario. Fissata l'appartenenza o non appartenenza di un diritto al patrimonio mediante una sentenza, ne consegue che essa abbia efficacia a favore o contro i creditori, perchè il diritto di questi sul patrimonio, come la garentia dei loro crediti, dipende dal diritto del debitore sul patrimonio stesso (5). È per questa ragione, e non perchè il curatore rappresenti

colo 1971). Messo a confronto ora quest'articolo con l'art. 1996, 1° comma, ne risulta chiaro il principio che si possono iscrivere ipoteche sui beni di un defunto, ma che non vi ha ipoteca giudiziale sui beni dell'eredità beneficiata o giacente. È dunque giusto ammettere che se un creditore abbia ottenuto prima della morte del defunto una ipoteca convenzionale, o acquistata una ipoteca legale o giudiziale, possa iscriverla anche sui beni di una eredità giacente o beneficiata. Vedi Melucci. *Il sistema ipotecario nel dritto civile italiano*, p. 41, 42, Torino 1893.

(1) Aubry e Rau, § 618, n. 55 (3. ediz.). Vedi per le ragioni della mutazione 4. ediz., allo stesso §, n. 71.

(2) Vedi sop. p. 486, n. 1.

(3) Aubry e Rau, IV, § 312; Pacifici, *Istituzioni*, IV, p. 202. Conf Proudhon, *Usufr.*, 2237; Marcadé, art. 1166; Arntz, III, 83; Demante, II, p. 596; Labbé, *Revue critique*, IX, p. 208; Toullier, VI. 370 Contro Giorgi, *Obbligazioni*, II, p. 296 e seg.

(4) Conf. Aubry e Rau, VI, § 618, *b* in fine.

(5) La spiegazione dell'efficacia giuridica della cosa giudicata a favore o contro il curatore dell'eredità giacente anche rispetto ai creditori, mediante il principio della rappresentanza, è accettata da Dusi, *L'eredità giacente*, pag. 155; Lay, *Dell'identità di persona per gli effetti della cosa giudicata*, § 96, Cagliari 1878. Borsari, all'art. 983, § 2106, D. In generale si considera il debitore, come rappresentante dei creditori chirografari, quando agisce o si difende in giudizio in rapporto al patrimonio. Vedi Mattirolo, *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, p 343, Torino 1888; Pacifici, *Istituzioni di diritto civile*, II. p. 17, 3. ed.; Aubry e Rau, § 769, 2; Arntz, III, 414; Marcadé, art 1351. Posto questo concetto, è perfettamente logico considerare anche il curatore dell'eredità giacente in rapporto ai giudizi da lui sostenuti rispetto al patrimonio, come rappresentante dei creditori. Qui si tratterebbe di una rappresentanza processuale, che può accordarsi sia con la teoria che l'eredità giacente rappresenti il defunto, sia con quella teorica che sostiene l'eredità giacente essere un patrimonio senza subbietto, sia infine col concetto da me seguito, che la eredità giacente rappresenti l'erede. Ma in rapporto alla generale teorica dell'*exceptio rei iudicatae*, che in regola ha efficacia solo *inter partes*, io non credo che tutti i casi di eccezione a questa regola spieghinsi col concetto della rappresentanza. Già non è necessario ricondurre alla rappresentanza la naturale estensione dell'efficacia della cosa giudicata ai successori universali. Conf. Savigny, *Syst.*, VI, p. 469. Per la natura stessa del rapporto di successione universale consegue che il giudicato a favore o contro l'*auctor successionis* ha efficacia contro l'erede. E per questo nei motivi del progetto di Codice civile tedesco tale estensione non è considerata come una eccezione alla regola. Vedi *Motivi*, I, p. 377. Ma è una vera eccezione l'efficacia della cosa giudicata anche rispetto ai successori particolari, quando il dritto da loro acquistato è posteriore alla sentenza. Savigny, *Syst.*, VI, p. 470. Conf. § 192 del Progetto ufficiale di Codice civile tedesco, prima lettura, *Motivi*, I, p. 377. Ora non è qui possibile esporre la teorica dell'*exceptio rei iudicatae*. Il Codice vigente, seguendo il Codice francese e tutti i Codici italiani preesistenti, ha riprodotto la teorica della triplice identità (*eadem res, eadem causa petendi, inter easdem personas*). Cod. franc., art. 1351; Cod. nap., art. 1305; Cod. sardo, art. 1464; Cod. estense, art. 2393. Contro questa formula il Cogliolo sostituisce l'*identità di fatto e di diritto*. Vedi Cogliolo, *Della eccezione di cosa giudicata*, p. 215, Torino 1883. Il Chironi invece parla di *identità del fatto giuridico deciso*. Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, I, p. 170. Bene osserva il Gianturco che questi tentativi di formule nuove riescono meno chiari della formula tradizionale che il Codice ha sanzionata. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, p. 300-302, 2. ediz., Napoli 1894. In conseguenza, ammessa la regola che l'*exceptio rei iudicatae* ha normalmente efficacia tra le parti, si debbono spiegare le eccezioni. E queste si raggruppano principalmente nei rapporti di successione e di rappresentanza. Conf. Savigny,

i creditori, che ad essi deve essere negato di fare opposizione di terzo alle sentenze emanate contro il curatore, per quanto si riferiscano alla conservazione ed amministrazione del patrimonio (1). Ma il curatore dell'eredità giacente non è autorizzato a contestare la validità del titolo di chi si presenta come erede legittimo o testamentario, sia opponendo che possa esserci altro erede di grado più prossimo, sia che il testamento possa essere stato revocato, ecc. Nel giudizio di petizione di eredità contro il curatore chi si presenta deve solo provare che si trova in uno degli ordini successorii stabiliti dalla legge, o presentare un testamento valido.

La sentenza ottenuta da un erede contro il curatore non ha efficacia contro il vero erede, quando si provi che il primo non lo era o perchè di un grado più lontano di parentela, o perchè il testamento era revocato, ecc. (2).

---

*Syst.*, VI, p. 468-473; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, p. 651. Conf. Keller, *Il processo civile romano*, p. 261 (trad. ital.). Ma anche tenendo conto di questi raggruppamenti, pei casi di eccezione deve ricercarsi il principio particolare che spiega la deviazione dalla regola. Ora la ragione, per la quale la sentenza emanata contro il debitore, e che dichiari la non appartenenza di un diritto al suo patrimonio, ha efficacia anche contro i creditori, è che il dritto di garentia generale (art. 1949) che loro compete deriva e dipende dal dritto del debitore stesso sul suo patrimonio. Il dritto del creditore verso il patrimonio del debitore non toglie a questo il dritto pieno di signoria ed il dritto di agire giudiziariamente, e come *legitimus contradictor* difendere il proprio dritto in giudizio. La *res iudicata* in conseguenza contro il debitore per l'appartenenza di una cosa o di un dritto al patrimonio di lui deve necessariamente avere efficacia per coloro i quali, come i creditori chirografari, hanno un dritto verso il patrimonio del debitore, senza avervi un diritto reale indipendente. Quanto ai creditori ipotecari vi è controversia. Vedi Gianturco, *Sistema*, p. 308, n. 1, e gli autori e le decisioni ivi citate. L'opinione comune equipara i creditori ipotecari ai chirografari. Contro tale opinione vedi Aubry e Rau, VIII, § 769, nota 30; Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, V, n. 113 e seg.; *Istituzioni* ecc., p. 314, nota 1; Pacifici, *Ist.*, II, p. 518. Non potendo trattare ampiamente la questione, mi limito a dichiarare che credo anch'io preferibile l'opinione negativa. Applicando ora le considerazioni esposte in rapporto ai creditori chirografari dell'eredità giacente, è chiaro che se il curatore dell'eredità giacente rappresenta l'erede futuro, le sentenze emanate contro di lui hanno efficacia rispetto ai creditori, come se esse fossero state emanate contro l'*auctor successionis* o l'erede. — Per uno studio più completo sul principio generale, dal quale dipende questa applicazione, oltre agli autori già citati, conf. Regelsberger, *Pand.*, I, § 198, Leipzig 1893; Hölder, *Pand.*, § 69, Freiburg 1891; Baron, *Pand.*, § 97; Dernburg, *Pand.*, § 164; Windscheid, *Pand.*, I, § 132; Vangerow, *Pand.*, I, § 173, IV-VI; Sintenis, *Prac. gem. Civilrecht*, I, § 34; Cogliolo, *Della eccezione di cosa giudicata*, § 13; *La cosa giudicata di fronte ai terzi* (*Filangieri*, 1885); Dernburg, *P. Privatrecht*, I, § 138; Eccius, *P. Privatrecht*, I, § 56; Crome, *Allgemeiner Theil der modernen Französischen Privatrechtswissenschaft*, § 47, Mannheim 1892; Codice sassone, § 177; *Regolamento di procedura civile dell'impero tedesco*, §§ 665, 666; *Progetto ufficiale di Codice civile tedesco* (prima lettura), §§ 191, 192; *Motivi* ecc., I, p. 367-381. Il secondo progetto (seconda lettura) ha soppressi i §§ 190-192. La commissione di revisione del primo progetto li ha giudicati in disaccordo con le regole stabilite nel *Regolamento di procedura*. Vedi Reatz, *Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das D. Reich*, I, p. 98. Invece il controprogetto di Bähr ha due paragrafi riguardanti la cosa giudicata, §§ 194, 195. Vedi Bähr, *Gegenentwurf* ecc., I, p. 44.

(1) Il Laurent spiega tale effetto col principio che il curatore dell'eredità giacente è il rappresentante dei creditori. Laurent, X, 200. Lo segue il Dusi, *L'eredità giacente*, n. 81. In contrario conf. nota precedente. Pel caso però di dolo o collusioni sarebbe applicabile l'art. 512 Cod. proc. civ. Quanto ai legatari la Cassazione francese, 26 luglio 1875 (citata in Dusi, op. c., p. 155, n. 1), ha deciso che loro è negata l'opposizione di terzo finchè non abbiano ottenuto il possesso della cosa legata, ma essi l'hanno dopo che siano entrati in possesso di essa. Ciò anche si spiega con le considerazioni fatte nel testo. Quando il legatario ottiene il possesso della cosa legata, questa si scinde dall'*universum ius* mantenuto nell'eredità giacente; il curatore dell'eredità giacente non ha più alcun diritto di agire o rispondere in giudizio nella controversia sulla stessa. Invece il Galluppi riconosce in ogni caso nei legatari il diritto di far valere il loro dritto con opposizione di terzo. Vedi Galluppi, *Opposizione di terzo*, n. 116. — Contro il concetto che il curatore rappresenti i creditori vedi Cass. Napoli, 31 agosto 1886 (*Foro it.*, 1887, I, 19). Conf. sop. n. 159.

(2) Il progetto ufficiale di Codice civile tedesco (prima lettura) ha la seguente regola: § 2063 « Il dritto all'inventario dell'erede non cessa nè per rinunzia da parte del curatore, nè per trasgressione dei termini per l'inventario allo stesso curatore fissati, nè perchè dal curatore non si è fatto valere il dritto in processo, o il dritto non è riservato nella sentenza emanata contro il curatore ». A chiarimento di quest'ultima parte, nei motivi è detto intendersi da sè che il curatore dell'eredità non può assumere controversie riguardanti il dritto ereditario. L'erede effettivo ha solo contro il suo rappresentante l'azione che deriva dalla cura gerita (*actio tutelae*). Una controversia tra il curatore dell'eredità e l'erede sul dritto ereditario rappresenterebbesi come una controversia tra il rappresentante ed il rappresentato. Ciò è escluso, poichè niuno può agire contro sè medesimo » (*Motivi*, V, p. 551). In conseguenza di questo concetto il progetto nulla dispone su tale riguardo. Ora chiaramente risulta che secondo i compilatori il curatore dell'eredità rappresenta l'erede, e si noti che lo rappresenta anche nel caso del concepito, e di un istituto da fondarsi (*Motivi* citati, p. 143, 544, 553). Ciò concorda coi concetti già da me precedentemente esposti (conf. n. 152, 153). Ma il concetto della rappresentanza dell'erede, secondo il dritto vigente italiano, non esclude che nella *petitio hereditatis* l'attore presenti il suo titolo per succedere, fondato sulla legge o sul testamento. Sol per questo titolo si prova che contro il rappresentante (curatore) si trova il rappresentato (l'erede). Ma provato che il pretendente si trova in uno degli ordini successorii stabiliti dalla legge, o è in possesso di un testamento, il curatore non ha più diritto di pretendere che l'erede provi che non siavi altro erede con dritto poziore. E ciò ha riconosciuto la Corte d'appello di Torino (5 dicembre 1890, *Annali*, 1891, III, 100-102), che argomenta anche dagli art. 43-45 del Codice civile. Conf. App. Firenze, 24 aprile 1868 (*Annali*, 1868, III, 178). Il *Regolamento romano* del 1834 ciò dichiarava esplicitamente: (§ 1575) « Chiunque si trovasse in grado successibile al defunto, o avesse dritto a succedere per qualunque disposizione di esso, potrà richiedere l'eredità citando il curatore ». Quanto alle regole, molto interessanti del dritto vigente prussiano, in rapporto all'obbligo dell'erede di fronte al curatore nella petizione di eredità (la cosidetta *legittimazione di erede*), riscontra *Preuss. Landrecht*, I, 9, § 482 e seg. Secondo il dritto vigente prussiano l'erede deve provare al giudice il suo diritto ereditario, se è un erede legittimo, il grado di parentela col defunto. Il giudice deve apprezzare se vi sono presunzioni che esistano altri eredi più prossimi, o di

È questa la naturale conseguenza del principio che il curatore ha diritto solo di accertarsi che la persona che reclama l'eredità ha il titolo per essere erede. Ed in conseguenza il curatore non potrebbe opporsi allo Stato che reclamasse la successione come vacante (1).

**169.** La dichiarazione di giacenza non produce di diritto la separazione dei patrimonii agli effetti delle regole date dagli art. 2054-2065. I creditori in conseguenza per evitare le conseguenze dannose di una accettazione futura dell'erede, debbono domandare la separazione nei termini stabiliti dalla legge (2).

**170.** Si è detto (vedi n. 168), che gli atti compiuti dal curatore, legittimamente nominato, entro i limiti dei suoi poteri, e nelle forme volute dalla legge, hanno valore ed efficacia anche contro l'erede, quando si presenta. Ma gli atti del curatore non avrebbero efficacia contro l'erede, se la nomina non fosse stata legittima, o se tali atti non fossero nei poteri di lui, o si fossero trascurate le forme. Ed in rapporto al primo caso, non avrebbero efficacia contro l'erede gli atti compiuti dal curatore, quando non esistessero le condizioni della giacenza, sia perchè l'erede fosse noto, sia perchè l'eredità da altri rinunciata, fosse adita (art. 980) (3). Divenuto noto l'erede anche ulteriormente, cessa l'ufficio del curatore. È stato ammesso, che ove divenuto noto l'erede, questi tolleri che il curatore prosegua nell'amministrazione, sia obbligato, come da un tacito mandato (4). Ma contro questo concetto si è osservato che il semplice ritardo della manifestazione della volontà di accettare non può equivalere a mandato (5). Poichè la nostra legge ammette espressamente il mandato tacito (art. 1798), è a ritenere che questo sia possibile anche per l'amministrazione di una eredità già giacente. Trattasi di riconoscere nel fatto da quali circostanze esso debba risultare. E questo apprezzamento è lasciato al magistrato. E certamente un ritardo relativamente breve e giustificato da parte dell'erede ad assumere l'amministrazione del patrimonio non può equivalere a mandato. Ma la tolleranza continua e sciente e per lungo tempo prolungata per atti ripetuti di amministrazione da parte del curatore dell'eredità giacente può bene essere indizio di tacito mandato. In rapporto agli atti fatti, oltre i limiti dei poteri stabiliti dalla legge, e senza le forme di questa, l'erede non è tenuto a rispettarli: quindi ad esempio potrà rivendicare gl'immobili alienati illegalmente; ma egli potrà ratificare tali atti, ad analogia del mandante per gli atti compiuti oltre i limiti del mandato (arg. articolo 1752 capoverso). Ed anche nel caso precedentemente esaminato potrà discorrersi di utile gestione di negozio, se vi sono le condizioni di tale rapporto giuridico. Ed è ammessa anche la ratifica.

**171.** In rapporto agli atti, compiuti secondo le forme della legge, e nei limiti dei poteri da questa stabiliti, l'erede sarà obbligato anche a rispettarli, se compiuti da un curatore indebitamente nominato, ove i terzi che abbiano contrattato con lui siano in buona fede. Si argomenta per analogia dall'art. 933 capoverso, che dichiara salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente (6). Quantunque questa disposizione sanzioni un principio che deroga al principio più generale *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*, pure non può dirsi che sia un *ius singulare*. Essa è la conseguenza del principio anche esso generale, che sia protetta la buona fede dei terzi, i quali in atti a titolo oneroso, vengono a risentire un danno per l'annullamento del loro acquisto (7). Dichiarata, ancorchè illegalmente, la giacenza, i terzi che contrattano col curatore dell'eredità giacente, ignorando l'illegalità della dichiarazione, debbono essere garentiti. Però la protezione della buona fede si ha per gli atti che il curatore illegittimamente nominato faccia nei limiti dei poteri e nelle forme prescritte dalla legge pei curatori dell'eredità giacente. Poichè se si oltrepassano questi poteri, nè si seguono le forme legali, la buona fede deve considerarsi come esclusa. E quanto al grado dell'ignoranza o dell'errore, che deve riscontrarsi nel terzo contraente col curatore, non si potrebbe esigere nella nostra legislazione una ignoranza o un errore invincibile (8). Come fondamento della buona fede, è sufficiente un errore che non derivi da colpa grave (9). E ciò tanto più in quanto la posizione del curatore, benchè nominato senza che nel caso si verifichino le condizioni della giacenza, è legittimato dalla nomina fatta dal giudice, resa pubblica nelle forme stabilite dalla legge (10).

**172.** Le funzioni del curatore cessano:

*a*) Cessando lo stato di giacenza. Quindi se l'erede diviene noto; se l'erede, che abbia rinunciato, accetta po-

---

egual grado. Se tali presunzioni non vi sono, dietro giuramento del pretendente che egli non conosce alcun parente di grado più prossimo o eguale al suo, gli vien rilasciata l'eredità (§§ 485, 486). Conf. Dernburg, *Preus. Privatrecht*, III, § 216. Quanto alla controversia se la cura dell'eredità sia *cura rei* o *personae* nel dritto prussiano conf. sop. p. 461, n. 1 I compilatori del progetto, come si è già notato (p. 461. n. 4), dichiarano che è una *cura personae*. Vedi *Motivi* citati, p. 515.

(1) Conf. sop. n. 146.

(2) Pacifici, *Succ.*, VI, p. 462; Dusi, o. c., p. 163, 164.

(3) E nemmeno i giudicati, come *res inter alios acta*. Vedi Pacifici, *Succ.*, VI, p. 464; Aubry e Rau, § 642 testo e nota 24.

(4) Cass. Napoli, 28 febbraio 1874 (*Annali*, VIII, 135).

(5) Dusi, *L'eredità giacente*, p. 180.

(6) Dusi, *L'eredità giacente*, p. 82; Pacifici, *Succ.*, VI, p. 464. L'art. 933 del Codice italiano risolve la grave questione del dritto francese in rapporto alla validità degli atti fatti da terzi coll'erede apparente. Vedi Aubry e Rau, VI, § 616, testo e nota 32.

(7) Conf. Dusi, l. c.; Pacifici, l. c. Ed è perciò che nel dritto francese la questione è risoluta dagli autori in conformità dell'opinione professata in rapporto alla validità degli atti fatti dall'erede apparente, e, come si è notato, nel Codice francese manca una testuale disposizione, che si ha nell'art. 933. Vedi Aubry e Rau, VI, § 642 in fine; Arntz, n. 1467 in fine. In contrario Ricci, *Diritto civile*, IV, n. 80.

(8) Come pensano Aubry e Rau, VI, § 642 in fine.

(9) L. 6, D. *De iuris et facti ignorantia*, 22, 6; Ulpianus *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupolosa inquisitio exigenda: scientia enim hoc modo aextistimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit neque delatoria curiositas exigatur.*

(10) In generale le regole e le considerazioni fatte nei n. 162-168 sono applicabili ai casi di amministrazione per istituzione condizionale, di un concepito o di un nascituro, per quel che riguarda i dritti e gli obblighi degli amministratori.

stenormente; se si presenti lo Stato a raccogliere l'eredità (1).

*b*) Se trattandosi di eredità oberata di debiti, sia stata necessaria la liquidazione del patrimonio; o tutto l'attivo siasi esaurito col pagamento di legati. Si è anche affermato che le funzioni del curatore cessino, se dopo la liquidazione il residuo sia stato depositato nella cassa dei depositi (2). È questa la conseguenza logica del concetto che l'eredità giacente sia ordinata alla liquidazione; ma se ritiensi che essa ha il suo scopo di conservare il patrimonio al futuro erede, il patrimonio perdura finchè ne rimanga una parte, ancorchè per effetto della liquidazione siasi convertito in una somma di danaro (*pretium succedit in locum rei*). Rispetto alla cassa dei depositi e prestiti il curatore sarà sempre il rappresentante dell'erede futuro, ed in ispecie egli dovrà curare che gl'interessi delle somme depositate siano capitalizzati, e non incorrano nella prescrizione quinquennale stabilita nell'art. 14 della legge del 17 maggio 1863 sulla cassa dei depositi e prestiti (3).

*c*) Per la morte del curatore (arg art. 1763). Gli eredi non succedono nelle funzioni del curatore; ma hanno l'obbligo, se consapevoli della cura assunta dal loro autore, di darne avviso al pretore per una nuova nomina, ed intanto provvedere per gli affari di urgenza (arg. art. 1763). È conseguenza dei principii generali, che regolano la successione, che essi siano responsabili dei danni arrecati alla eredità per colpa del loro autore, e che siano obbligati a rendere i conti.

*d*) Per la rinunzia del curatore. Trattandosi di ufficio privato, non si dubita che il curatore vi abbia diritto. Egli però deve notificare al pretore la sua rinunzia (arg. articolo 1761) (4). Se però la rinunzia è fatta in tali condizioni da pregiudicare l'eredità, si applicano anche qui i principii del mandato, ed il curatore sarà responsabile dei danni (arg. art. 1761 capoverso). Il curatore quindi non può abbandonare l'amministrazione prima che siasi provveduto dal pretore alla nomina di un nuovo curatore (5).

*e*) Per revoca. Questa deve essere pronunciata dal pretore, riconoscendosi nel curatore mala fede, negligenza, o inettitudine all'amministrazione (6).

*f*) Per interdizione, inabilitazione, fallimento del curatore (arg art. 1787) (7).

(1) Conf. sop. n. 146. Analogamente le funzioni dell'amministratore cessano nel caso della istituzione condizionale. se la condizione si verifica o divien certo che non si possa più verificare, nel caso della istituzione di un concepito, se questo nasce vivo e vitale, e nel caso di figlio nascituro da determinata persona, quando la nascita si verifica. Se nel caso di istituzione di un concepito l'amministrazione è tenuta dal padre, verificandosi la nascita cessa lo stato di giacenza, e cessano le funzioni proprie dell'amministratore, ed il padre continuerà l'amministrazione in forza della patria potestà.

(2) Pacifici. *Succ.*, VI. p. 466; Dusi, *L'eredità giacente*, p. 185.

(3) Mi conferma nel concetto espresso nel testo la considerazione che durante l'amministrazione il curatore ha l'obbligo d'impedire la prescrizione quinquennale degli interessi, ordinata nell'art. 14 della legge 17 maggio 1863. Ora non so vedere la ragione per la quale se il curatore è costretto a procedere alla vendita di tutti i beni ereditarii, e dal prezzo ricavato risulti un residuo, che pure può essere considerevole, gli interessi di questo residuo debbano rimanere per necessità sottoposti alla prescrizione quinquennale, e l'erede che si presenta non abbia il diritto che di conseguire gli interessi del quinquennio in corso.

(4) Nei casi di istituzione condizionale, di istituzione di un concepito, o di figlio nascituro da persona vivente, sarà anche necessario pel caso di morte, e pel caso di rinuncia la notifica anche agli interessati (istituiti congiuntamente, successori legittimi). Non fa alcuna distinzione o specificazione Pacifici, *Succ.*, VI, p. 166.

(5) Trattandosi di amministratori, nei casi indicati nella precedente nota, se l'amministratore cessa dalle sue funzioni per morte o per rinuncia, si provvederà, secondo i casi, a norma degli art. 858-860. Quindi se più sono gli eredi congiunti, e ad essi è affidata l'amministrazione, se uno muore o rinuncia, la amministrazione resta agli altri; e se è un solo, sarà affidata l'amministrazione all'erede legittimo. Nel caso che amministratore è l'erede legittimo, se questi muore, sarà chiamato all'amministrazione l'erede legittimo di ulteriore grado; se poi l'amministrazione cessa per rinuncia, l'autorità giudiziaria provvederà per la designazione di un nuovo amministratore. Secondo il concetto da me già esposto non si può rinunciare alla successione prima che siasi verificata la delazione; però ho ammesso che si possa rinunciare in forma contrattuale al diritto condizionato (conf. sop. n. 98). La semplice rinuncia all'amministrazione non può valere come tale rinunzia Ora in tal caso io penso che rimane il diritto del successivo erede a pretendere l'amministrazione, sebbene il suo interesse non sia così diretto come l'erede di primo grado. In ogni modo, ove questi non voglia assumere l'ufficio, provvederà l'autorità giudiziaria. E queste osservazioni completano e confermano le considerazioni esposte sopra, n. 157. In ogni modo l'erede legittimo. che rinuncia, deve notificare la sua rinuncia all'erede condizionale, acciocchè questi possa provocare dall'autorità giudiziaria gli opportuni provvedimenti. Quanto al caso di un concepito, se il padre muore. l'amministrazione passa di diritto alla madre (art. 860, 2° alinea). Ora si domanda se tanto il padre quanto la madre possano rinunciare al diritto di amministrazione che loro conferisce la legge. Tale questione meriterebbe una più ampia discussione, che qui non è opportuna. Io ritengo che tal diritto, il quale si fonda sul dovere dei genitori di tutelare gli interessi del figlio già concepito, sia un diritto familiare, al quale non possono applicarsi i principii già esposti sul diritto di rinuncia (arg. art. 860, 224, 1379). Conf. sop. p. 469 n. 5, p. 470 n. 3.

(6) Anche gli amministratori nei casi di istituzione condizionale di un concepito e di un nascituro figlio immediato di persona vivente, possono essere revocati dall'autorità giudiziaria su ricorso degli interessati. Conf. Losana, *Le successioni testamentarie*, pag 338; Pastore. *Comm.* ecc., VII. p. 174, n. 3. L'autorità competente per giudicare sui motivi di revoca è il tribunale. Conf. sop. n. 157. Pel caso di amministrazione tenuta dal genitore credo applicabile la disposizione dell'articolo 233, cioè che il tribunale possa nominare un curatore, sulla istanza delle persone designate in quell'articolo. ed anche degli eventuali eredi indicati negli art. 858, 859. L'art. 223 parla di abuso della patria potestà, che presuppone figli già nati, ma messo in relazione col più generale art. 224, se ne deduce una norma generale per la cattiva amministrazione anche di beni lasciati a concepiti.

(7) Non vi può essere dubbio che gli amministratori, dei quali si è discorso nella precedente nota, cessano dalle loro funzioni, se interdetti. Riconosciuti per la interdizione incapaci a provvedere alle cose proprie, sarebbe contraddittorio loro lasciare l'amministrazione dell'altrui patrimonio. Tale ragione vale anche per l'inabilitazione. I motivi anche di questa infermità di mente, sebbene in minor grado di quella richiesta per l'interdizione e prodigalità (art. 339), tolgono la fiducia che è presupposta in chi deve amministrare un patrimonio che non è il proprio. Ed in generale anche per tali am-

**173.** Cessate le funzioni del curatore, egli deve rendere conto della sua amministrazione (art. 982). Anche per ciò il curatore è equiparato all'erede beneficiario (art. 983). Il conto verrà reso, secondo i casi, all'erede, quando cessa lo stato di giacenza, ovvero al successivo curatore, quando cessa per morte, rinuncia, inabilitazione o fallimento. Nel caso di amministrazione per istituzione condizionale, il conto sarà reso all'erede condizionale, se la condizione si verifica, o al successore *ab intestato*, se l'erede chiamato non è stato egli stesso l'amministratore. Così nel caso di istituzione di un nascituro non ancora concepito, ai termini dell'art. 764, nascendo l'istituito, il conto sarà reso ai suoi legali rappresentanti (genitori, tutore). Trattandosi di istituzione di concepito, se l'amministrazione è tenuta dal padre, cessa l'obbligo del rendimento dei conti nascendo vivo e vitale il figlio istituito. Secondo il concetto già da me espresso (conf. sop. p. 470, n. 8), la nascita del figlio, operando con effetto retroattivo, fa acquistare al padre il diritto di usufrutto con effetto retroattivo, e quindi fa cessare l'obbligo di rendere conto delle rendite esatte. Egli però sarà sempre responsabile dei danni cagionati al patrimonio, in caso di cattiva amministrazione.

Si è notato come l'art. 897 del Codice di procedura civile (conf sop. n. 165) faccia obbligo al curatore di rendere conto della sua gestione, semprechè ne sia richiesto, e si è detto che tal diritto compete anche ai creditori e legatarii (argomentando anche dall'art. 989 combinato con l'art. 969). Ora alla fine dell'amministrazione il curatore deve rendere conto dell'amministrazione all'erede o alle persone che gli succedono, secondo le regole date; ma non per questo opino che i creditori ed i legatarii non abbiano pure diritto a pretenderlo, e non pel solo caso di liquidazione, come pensa il Pacifici (1). Il richiamo generale dell'art. 983 alle regole date per l'erede beneficiario comprende anche l'art 969 (2).

Cessando l'amministrazione nei casi di istituzione condizionale, o di nascituro da persona vivente, si domanda se il diritto di chiedere i conti competa pure ai creditori ed ai legatarii. Si potrebbe dire di no, poichè l'art. 897 non li riguarda nè per la prestazione del giuramento (conf. sop. n. 160), nè pel rendimento dei conti ai creditori ed ai legatarii. Ma tale obbligo, come si è notato, risulta non pure dall'art. 897 Cod. proc. civ, ma dagli art. 893, 969 combinati. Ora debbono queste disposizioni considerarsi come implicitamente richiamate nell'art. 861. Ed è giustificato un tale diritto: sia perchè al momento che cessa lo stato di giacenza, interessa loro di accertare la responsabilità dell'amministratore; sia perchè secondo il nostro concetto, in tali casi vi è veramente una sospensione di rapporti patrimoniali, che cessa con l'accettazione dell'eredità. Ora in questo momento avviene una grave variazione nella condizione del patrimonio già giacente, e qui forse anche più che negli altri casi di giacenza vi è l'interesse dei creditori ad accertarsi del modo, col quale l'amministrazione si è condotta. Ma si domanda ancora se anche per tali amministratori è da riconoscersi il diritto nei creditori di chiedere il conto durante la gestione, e non solo alla fine, come lo si è riconosciuto, allorchè l'eredità è giacente per essere ignoto l'erede; ed opino anche per l'affermativa. Anche in questi casi l'interesse dei creditori esige una speciale garentia, potendo e pel caso dell'istituzione condizionale e pel caso anche di nascituro non concepito prolungarsi per lungo tempo l'amministrazione. Solo pel caso di istituzione di un concepito, e se l'amministratore è il padre o la madre, può negarsi ai creditori il diritto di chiedere il conto prima che l'amministrazione finisca, sia perchè questa non può durare che un breve tempo (tutto al più dieci mesi dall'epoca dell'apertura della successione), sia perchè il diritto di amministrazione del padre, quantunque richiamato nell'art. 860, e regolato per taluni effetti secondo le regole dei curatori dell'eredità giacente (art. 861), è un diritto familiare (arg. art. 224); nè il padre per l'amministrazione dei beni dei figli ha obbligo di rendere conto ai creditori. E per questa seconda ragione, opino che i creditori non abbiano diritto di chiedere il conto finale dell'amministrazione, quando il figlio concepito nasca vivo e vitale. Ma competerà bene loro un tal diritto, se il figlio nasce morto o non vitale. Allora il padre, dovendo rendere conto della sua amministrazione all'erede (conf. sop. p. 470, nota 8), dovrà pure in forza dell'art. 969 rendere conto ai creditori.

S'intende da sè che ove lo stato di giacenza cessi, perchè lo Stato si presenta a raccogliere l'eredità, non essendovi altro erede a lui preferibile, ad esso deve essere reso il conto. Poichè lo Stato, secondo l'ordinamento amministrativo italiano, è nel raccogliere eredità vacanti, rappresentato dal ministro del tesoro (art. 1, legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, 17 febbraio 1884) (3), che alla sua volta vi procede mediante la *Direzione generale del Demanio*, o gli ufficii da questa dipendenti (Intendenze di finanza, Ricevitorie del Registro) (4), ad essa Direzione o agli ufficii delegati sarà reso il conto al cessare della eredità giacente. Ma finchè lo Stato non si presenti, esso non può mediante l'amministrazione demaniale esigere nei suoi diritti eventuali il conto del curatore. Il diritto dello Stato è tutelato dal potere che ha il pretore di richiedere i conti durante la gestione del curatore.

In Francia è controverso se la cassa dei depositi abbia diritto di chiedere al curatore durante la sua gestione gli

---

ministratori il fallimento deve operare la decadenza dalle loro funzioni. Il dubbio può nascere solo allorchè l'amministrazione nel caso di istituzione di un concepito sia devoluta al padre. Poichè il fallimento non fa perdere al fallito i diritti strettamente personali (conf. Vidari, *Diritto commerciale*, VIII, 1770, Milano 1893), tale può essere considerato da parte del padre il diritto di amministrare una eredità, alla quale è chiamato il concepito. E per tale ragione opino che il fallimento per sè non produca la decadenza dall'amministrazione in questo caso, come non la produce per l'amministrazione dei figli nati. È soltanto per la cattiva amministrazione in ambedue i casi che l'autorità provvederà con la nomina di un curatore (art. 233). Conf. la nota precedente.

(1) Pacifici, *Succ.*, VI, p. 487.

(2) Reso il conto dal curatore, l'erede e i creditori debbono rivolgersi verso il preposto alla cassa di depositi e prestiti per le somme versate.

(3) Conf. *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, 4 maggio 1885, art. 10-17.

(4) Conf Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, II, p 165 e Circolare del Direttore generale del demanio, 24 maggio 1886, *Bollettino ufficiale demaniale*, XII, serie II. n. XVI.

*stati di situazione*. Aubry e Rau opinano per la negativa (1), Demolombe per l'affermativa (2). La stessa questione potrebbe aversi sotto l'impero del nostro diritto. Le decisioni citate da Aubry e Rau in appoggio della loro opinione sono una sentenza della Cass. francese del 20 gennaio 1807 (3). ed una sentenza della Corte di Nancy del 29 aprile 1849 (4). La Cassazione decideva su un ricorso della regia del registro (che a quel tempo funzionava come cassa di depositi), col quale si pretendeva che il curatore desse il conto, quando egli aveva dimostrato che non aveva a fare versamenti in danaro, perchè nell'eredità non si erano trovati contanti, nè mobili da vendere, e che a lui era stato impossibile di vendere gl'immobili, perchè in cattivo stato e di poco valore. E la Cassazione rigettò il ricorso, ritenendo che in tal caso non aveva il curatore nè a versare danaro, nè a rendere conto, ma dichiarò salva l'azione della regia pel caso che danari ereditarii pervenissero nelle mani del curatore. La Corte di Nancy decideva un caso diverso: nel fatto, nel decreto di nomina si era imposto l'obbligo che il curatore fosse obbligato a qualunque domanda del ricevitore della cassa di depositi, e quando a lui sembrasse conveniente ed utile, di presentare il conto provvisorio o lo *stato di situazione* dell'amministrazione. La Corte di Nancy riconobbe l'obbligo nel curatore di presentare i conti e gli stati di situazione, ma nella motivazione affermò: che ad ogni obbligo corrisponde un diritto, e quindi all'obbligo del curatore di versare nella cassa, risponde in questa l'obbligo di pretendere il versamento; che il ricevitore della cassa ha diritto di pretendere che il curatore giustifichi che tutti i versamenti son stati fatti; e che esso è investito di un diritto di sorveglianza per accertarsi se i diritti eventuali dello Stato sulle successioni vacanti non siano compromessi dal curatore con una cattiva e negligente amministrazione. A me sembra che le due decisioni non risolvano chiaramente la questione generale. La Corte di cassazione decise che non si fosse obbligato a rendere conto ed a versare danari, ritenuto in fatto che tali danari non si erano mai trovati nelle mani del curatore; ma riservò l'azione alla cassa nel caso che vi pervenissero. Ora la prova di non avere mai avuti danari a versare equivale a conto. E la Corte di Nancy veramente accenna alle condizioni della nomina, come alle condizioni di un mandato; ma nella motivazione parla di un diritto della cassa di esigere e di sorvegliare. E resta incerto se le ragioni generali su un tal diritto, o le speciali sulla modalità del decreto di nomina abbiano dato il motivo predominante della decisione. E contro l'una e l'altra di queste ragioni (nelle applicazioni al diritto italiano) può osservarsi: che il diritto di sorveglianza sulle eredità giacenti non è dato alla cassa dei depositi, ma al pretore: che non è indubbia la legalità di una condizione imposta al curatore, la quale non è scritta nella legge. Aubry e Rau, i quali opinano per la negativa in generale, e secondo me a ragione, accettano poi che il curatore sia obbligato a presentare *gli stati di situazione*, se tale obbligo è stabilito nella nomina. Ora tale soluzione si fonda sul concetto che il decreto di nomina sia un mandato: ma l'analogia col mandato nell'ufficio della rappresentanza del curatore non si estende sino al punto di aggiungere obblighi che nella legge non si hanno scritti. Ed in conseguenza o un tale obbligo si considera derivante dalla legge, ed allora è legale l'espressa dichiarazione di esso nel decreto di nomina: o dalla legge non deriva, ed il decreto del giudice non può imporlo. Tutto al più può ammettersi chè il pretore, quando creda conveniente richiedere i conti, deleghi il preposto della cassa dei depositi per riceverli ed esaminarli. Ma non può ammettersi una delegazione generale contenuta nel decreto di nomina. E per queste ragioni opino che la cassa dei depositi e prestiti non abbia diritto di chiedere conti e stati di situazione. L'interesse dello Stato è garantito dal pretore, e i direttori della cassa possono provocare dal pretore i provvedimenti con informazioni amministrative, ma non pretendere in via giudiziaria conti e stati di situazione durante la gestione del curatore.

**174.** Reso il conto, il curatore può risultare o debitore o creditore verso l'eredità giacente. In generale a lui sono applicabili per analogia le disposizioni del Codice civile che secondo le varie ipotesi son date pel mandato. Così per l'obbligo al pagamento degli interessi è applicabile l'art. 1750. Quanto ai diritti si applicano gli art. 1753-1756. Il curatore non gode di privilegio per i crediti risultanti per spese di amministrazione, indennità e retribuzioni a lui dovute (5). Godrà invece di privilegio per tutti i crediti dichiarati privilegiati dalla legge. Così pel caso dell'art. 1956, n. 1, e pel caso dell'art. 1958, n. 2.

SOMMARIO.



F. Filomusi Guelfi.

(1) Aubry e Rau, VI, § 642, 2.

(2) Demolombe, XV, 403.

(3) *Journal du Palais*, 3. ediz., V, p. 634, Paris 1841.

(4) *Journal du Palais*, 3. ediz., XLII (tomo I del 1844), p. 402, Paris 1844.

(5) Dusi, *L'eredità giacente*, pag. 183-185; Pacifici, *Succ.*, VI, p. 468. — Contro, Demolombe, XV, n. 434.

# DELLE SUCCESSIONI LEGITTIME



1. Considerazioni preliminari.

1. La successione per causa di morte non può essere regolata esclusivamente dalla volontà esplicita di chi decede, ossia dal testamento. Da un lato, infatti, per testare si richiede sufficiente maturità e sanità di mente, onde rimangono esclusi dal disporre per causa di morte coloro che si trovino in età troppo tenera o colpiti da infermità mentale; la morte può giungere improvvisa, prima che altri abbia pensato a dettare i suoi estremi voleri; le volontà manifestate possono riuscir inefficaci o caduche per incapacità, premorienza o rinunzia dei chiamati, o risultare nulle per difetto di qualche formalità essenziale; ed infine il testamento, che è atto per eccellenza di libera e spontanea determinazione, non potrebbe costituire oggetto di coattiva obbligazione.

Per altra parte, l'istituto della successione per causa di morte, il trapasso cioè della personalità giuridica di chi decede in una persona superstite, è suprema esigenza di pubblico interesse, è una delle basi più salde del civile consorzio, e non può quindi essere subordinato all'arbitrio od alle eventualità delle private determinazioni.

Era pertanto necessità ineluttabile che la legge provvedesse direttamente essa medesima a devolvere la successione d'un defunto, sempre quando questi non avesse esplicitamente provvisto al riguardo.

Nel dettare norme in proposito, ragione e giustizia volevano che la legge dovesse destinare i beni ai parenti più prossimi che il defunto lasciasse superstiti. Da un lato infatti, la parentela, ossia il vincolo del sangue, origina gli affetti più legittimi e più sacri, ed era logico che la legge, la quale attribuisce supremazia alla volontà esplicita del defunto e non si presenta che quale titolo successorio sussidiario e suppletivo, informasse la devoluzione ereditaria dei beni a quella che razionalmente apparisse essere la volontà presumibile dell'estinto. D'altro canto, la parentela, almeno nei gradi più prossimi, crea doveri solenni ed imprescindibili, che non solo consigliano, ma impongono una devoluzione di beni a favore dei più stretti congiunti.

Questo duplice fondamento o criterio di devoluzione della successione governata dalla legge appare spiccato e manifesto, ponendo la successione legittima a fronte della testamentaria. In quanto la successione legittima è semplice presunzione della volontà del morente, a questo è lecito di sovvertire tale presunzione disponendo delle proprie sostanze in modo diverso da quello che sarebbe dalla legge preordinato. Ma, in quanto la successione legittima è adempimento di sacrosanti ed indeclinabili doveri, al testatore non compete facoltà in via assoluta di ribellarsi ai precetti imposti dalla legge sulle successioni legittime; trattandosi dei suoi più prossimi congiunti, cioè delle persone a cui diede o da cui ebbe l'esistenza, od a lui unite per indissolubile consuetudine di vita, egli deve lasciar loro quanto meno una parte di ciò che la legge loro assegnerebbe in mancanza di testamento. Ov'egli spontaneamente non soddisfaccia a queste sue obbligazioni, interviene la legge coll'istituto, che appunto *legittima* si appella, e riducendo le inofficiose liberalità del disponente fa salva ai suoi prossimi congiunti la quota di sostanze che ai medesimi essa vuol riservata.

In base ai preaccennati criterii, la legge devolve la successione ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali ed al coniuge, nell'ordine e secondo le regole che verremo infra esponendo, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato.

Costituendo, poi, la presunta ragionevole volontà dell'estinto, l'esclusiva norma di devoluzione della successione intestata, la legge, nel regolare la successione, considera la prossimità della parentela e non la prerogativa della linea, nè la origine dei beni, a differenza di precedenti legislazioni che, nell'intento di favorire l'agnazione, o preoccupate dal proposito di mantenere alle famiglie i beni che in origine vi appartenessero, sacrificavano a queste vedute, nella delazione dell'eredità, la volontà presunta dell'estinto.

## CAPO I.

### DELLA CAPACITÀ DI SUCCEDERE.

### § 1. *Degli incapaci per inesistenza.*

2. Ragione della necessità dell'esistenza in vita al tempo della morte dell'autore della successione per potergli succedere *ab intestato*. — 3. Osservazioni sull'art. 723 del Cod. civ. — 4. Per poter succedere basta essere concepiti al tempo dell'apertura della successione. Se i criterii forniti dall'art. 160 per determinare l'epoca del concepimento all'effetto della legittimità della prole possano essere invocati agli effetti successorii. — 5. Capoverso dell'art. 860 Cod. civ. Osservazioni al riguardo - 6. Norme per il caso in cui i coeredi di prole concepita vogliano addivenire a divisione dell'eredità. — 7. Curatore al ventre. Sue attribuzioni. — 8. Interpretazione estensiva dell'art. 236 Cod. civ. — 9. Differenza da precedenti legislazioni sull'estensione delle attribuzioni del curatore al ventre. — 10. Necessità della *nascita* per la capacità successoria. Osservazioni al riguardo. — 11. Necessità di essere nato *vivo*. Caratteri della vita. — 12. Necessità di essere nato *vitale*. Ragioni. — 13. Irrilevanza delle cause da cui dipenda la mancanza di vitalità. Osservazioni sull'art. 161, n. 3 Cod. civ. — 14. Condizioni necessarie acciò possa dirsi mancante la vitalità. — 15. Tali con-

dizioni sono bastevoli, ma indispensabili. — 16. Prova della nascita. 17. Se dall'atto di nascita risulti che il neonato sia morto, incombe a chi ne invoca la nascita in vita il darne la prova. 18. Provata la nascita in vita, chi pretende che il bambino non fosse vitale ha l'obbligo di provar la sua eccezione. Capoverso dell'articolo 721. - 19. Osservazioni sugli art. 705, capov. 2, e 153, n. 3, Cod. alb. in confronto al capov. art. 724 e 161, n. 3 del Codice italiano. — 20 e 21. Appendice: Sentenze della Corte d'appello di Genova e della Corte di Perugia in tema di vitalità d'infante.

2. Se al testatore, per motivi che sarebbe qui superfluo il ripetere, la legge permette di chiamare a proprii successori persone non per anco esistenti al tempo del suo decesso (1), la legge sulle successioni intestate non poteva a meno di devolvere il patrimonio dell'estinto a sole persone già in vita all'istante dell'apertura della successione. In vero, come vedemmo, la legge sulle successioni intestate s'inspira alla presunta volontà del defunto, ed è conforme alla costui presunta volontà che il retaggio abbia a passare al prossimo congiunto, esistente al tempo del decesso, non già ad un congiunto che solo più tardi ottenga esistenza (2). Però, come esporremo meglio fra un istante, per un benigno principio d'equità, onde avere la qualità di successibile, non occorre d'essere già nato al momento del decesso dell'autore della successione, ma basta in quell'istante essere già concepito.

3. Di fronte a questi, che sono e furono sempre canoni fondamentali delle successioni legittime, può parere, a prima giunta, meno esatta la dizione del nostro Codice, il quale all'art. 723 proclama che *tutti* sono capaci di succedere, salve le eccezioni determinate dalla legge, soggiungendo all'art. 724 che sono incapaci coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti. Invero, a parte che, in tema di successioni legittime, non sta che tutti, di regola, siano capaci di succedere, inquantochè la successione legittima si deferisce solo ad una ristretta sfera di persone, cioè ai parenti prossimi del defunto, l'incapacità di chi non esiste o non è, quanto meno, ancora concepito al tempo dell'aperta successione, non ha carattere d'eccezione, ma è vero principio fondamentale, giusta le considerazioni sovra svolte, in tema di successioni legittime. Sotto questo rispetto, deve riconoscersi più esatta la dicitura del corrispondente articolo 725 del Codice francese, il quale proclama che, per succedere, " bisogna necessariamente esistere al momento „ dell'apertura della successione. *Quindi* è incapace di „ succedere colui che non è ancora concepito „.

Però la redazione del nostro Codice ci sembra possa giustificarsi ove si avverta che il titolo *delle successioni* nel Codice francese, sotto cui è inserto il citato art. 725, si riferisce esclusivamente alle successioni legittime. Per contro, il nostro Codice non solo ammette anche il testamento quale titolo attributivo della qualità creditaria, ma dà alla successione testamentaria prevalenza su quella legittima (3). Ciò stante, se per ispeciali ragioni esso credette di disciplinare in prima linea le successioni legittime, si comprende che venendo così tale titolo ad avere altresì carattere quasi d'introduzione alla trattazione della materia successoria, talune relative disposizioni abbiano ritratto d'un siffatto carattere, anzichè conservarsi rigorosamente appropriate alla rubrica del titolo sotto cui venivano inserte.

4. Come dicevamo, se è necessaria l'esistenza del successibile al tempo dell'aperta successione, non è indispensabile che a tale istante già si verifichi l'esistenza perfetta, basta che questa si trovi allo stato embrionale; in altri termini, non occorre che il successibile sia già nato, è sufficiente che sia concepito. È questo un principio equitativo, ammesso dalle legislazioni di tutti i tempi, che sempre pareggiarono il concepito al nato *cum de ipsius commodis agitur* (4).

Senonchè qui si presenta una grave questione.

La natura circonda il concepimento d'un mistero impenetrabile; d'altro lato la scienza fisiologica ha da remota età constatato che la durata della gestazione non è identica in tutti i casi, ma oscilla tra un periodo minimo di sei mesi ed un massimo di dieci mesi. Di fronte a queste perplessità, a rimuovere ogni incertezza circa l'epoca del concepimento, *allo scopo di determinare la legittimità della prole*, fu adottata una presunzione, che si trova consecrata altresì dal vigente nostro Codice: si presume, cioè, concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, nè dopo trecento dallo scioglimento o annullamento di esso (5).

Ciò posto, si domanda se tale presunzione debba applicarsi altresì in tema di successione, vale a dire se il postumo debba ritenersi già concepito al tempo dell'aperta successione, purchè venga alla luce nei trecento giorni da tale apertura, oppure se siano ammessibili prove peritali dirette a stabilire in linea di fatto l'epoca in cui il concepimento ebbe realmente luogo.

Alcuni scrittori distinguono tra il caso in cui le indagini sull'epoca del concepimento verrebbero ad urtare colla presunzione stabilita dalla legge, e testè ricordata, per determinare la legittimità della prole, ed il caso in cui, qualunque fosse il giorno assegnato al concepimento, la legittimità rimarrebbe invulnerata. Respingono le indagini nel primo caso e le ammettono nel secondo.

Così, per chiarire questo sistema con qualche esempio, suppongasi che, venuto a morte Tizio, la sua vedova dia alla luce un figlio nel 299° giorno dal decesso del marito.

La nascita essendo avvenuta nei trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, la legge, come vedemmo, lo presume concepito in pendenza di esso; quindi non sarebbero ammessibili indagini intese a verificare se per avventura il suo concepimento non avesse data posteriore, perchè tali indagini recherebbero offesa alla legittimità dei natali, riconosciuta dalla legge al bambino; e qualora conducessero a conchiudere che effettivamente la gestazione ebbe durata più breve, si avrebbe l'assurdo che il concepimento del neonato dovrebbe riferirsi ad una data quanto alla sua legittimità, e ad altra data quanto alla sua capacità di succedere! Il bambino quindi sarebbe bensì figlio del marito di sua madre, ma non potrebbe raccoglierne l'eredità!

Suppongasi invece che Mario deceda *ab intestato* la-

(1) Veggasi la voce *Successioni testamentarie*, n. 77 e seg.

(2) Ricci, *Dir. civ.*, III, n. 13.

(3) Capov. art. 720 Cod. civ.

(4) *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia et jura integra reservarent* (L. 3, pr. Dig. *Si pars her.*). *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* (L. 7, Dig. *De statu hom.*). Ma la finzione della legge essendo introdotta a favore dell'infante non può giovare che a lui e tanto meno esser ritorta contro di lui. Così ad es., la legge dispensa dall'assumere una tutela il padre di cinque figli *viventi* (art. 273, n. 4, Cod. civ.) se il quinto figlio fosse semplicemente concepito, non si riterrebbe come nato all'effetto di esonerare il padre. Così pure, nell'interesse della prole, la legge revoca le disposizioni testamentarie e le donazioni fatte da chi, quando vi addivenne non aveva figli (art. 888, 1083 Cod. civ.). Or bene la rivocazione ha luogo tuttochè la prole fosse già concepita al tempo del testamento o della donazione (Capov. cit., art. 888 e art. 1083 Cod. civ.).

(5) Art. 160 Cod. civ.

sciando superstiti i genitori, e che la madre nel trecentesimo giorno dalla morte di Mario dia alla luce un altro figlio. Tullio. Si tratta di stabilire se questo figlio possa concorrere co' suoi genitori alla successione del fratello Mario; in altri termini, si tratta di vedere se esso fosse già concepito quando Mario uscì di vita. Le indagini all'uopo non possono in alcuna guisa pregiudicare la legittimità dei natali di Tullio; perchè, sia che si venga a constatare che al giorno della morte di Mario esso era già concepito, sia che risulti che il suo concepimento non abbia avuto luogo che più tardi, rimane sempre fuori contestazione ch'esso fu concepito in pendenza di matrimonio e quindi la sua legittimità non riceve sfregio di sorta. In quest'ipotesi pertanto il sistema che esaminiamo permetterebbe le prove intese a stabilire l'epoca precisa del concepimento.

Noi per contro crediamo che i criteri dalla legge fissati per determinare la legittimità della prole debbano pure adottarsi per ritenere se, anche ad altri effetti, il concepimento possa o non farsi risalire ad una data epoca; e per venire più specificamente alla questione che ci occupa, crediamo che debba sempre intendersi già concepita al tempo dell'aperta successione la prole che sia nata non più tardi dei trecento giorni da tale apertura.

La presunzione di cui all'art. 160 del Codice civile fu introdotta in vista appunto dell'impossibilità in cui si trova tuttora la scienza fisiologica di stabilire con assoluta certezza il giorno preciso a cui risale il concepimento di un infante. Ora siffatta impossibilità si verifica tanto nel caso in cui si tratti di fissare la data del concepimento per riconoscere se la prole sia legittima, quanto se si tratti di fissarla per determinare la capacità di succedere ad una persona.

Ammettasi pure la perizia più dotta, sagace ed accurata; essa non potrà mai riuscire che a *probabilità*, che a dati *approssimativi*. Invece, agli effetti successorii, la differenza di un giorno, od anche semplicemente di qualche ora, può essere decisiva. Ritornando ad un esempio poco anzi configurato, supponiamo che un figlio nasca 271 giorni, ossia nove mesi ed un giorno, dopo la morte di un suo fratello. Evidentemente il suo diritto a partecipare alla successione di quel suo fratello dipende dalla circostanza che il neonato fosse già concepito allorchè il fratello uscì di vita. Ora una perizia potrà forse giungere a determinare con una certa esattezza i mesi di vita uterina che ebbe quel bambino, ma non riuscirà al punto di decidere sicuramente se la durata della gestazione sia stata di nove mesi precisi, o di nove mesi ed un giorno.

Del resto, ci pare che la legge stessa somministri argomenti testuali validissimi a sostegno della tesi dà noi propugnata, vale a dire che i criteri da essa forniti per determinare la legittimità della prole devono pur servire di guida per ritenere se ad una data epoca, anteriore alla nascita d'una persona, questa già avesse a ritenersi concepita.

Difatti l'art. 180 vieta il riconoscimento dei figli nati da persone di cui anche una soltanto fosse, *al tempo del concepimento*, legata in matrimonio con altra persona. Così pure l'art. 189 del Cod. civ. dopo avere, in via di regola, proscritte le indagini sulla paternità naturale, fa un'eccezione per i casi di ratto o stupro violento, *quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento*. Come si vede, negli articoli succitati si suppone l'esistenza d'una norma prestabilita, in base alla quale possa senz'altro determinarsi l'epoca del concepimento d'una persona *anche fuori di matrimonio, e così anche ad effetti diversi da quello di riconoscere la legittimità dei natali*. Ora, questa norma non può essere che quella stabilita dall'art. 160 (1).

5. L'eredità devoluta ad un concepito, com'è testualmente disposto dal capoverso dell'art. 860 del Cod. civ., è amministrata dal padre, ed in sua mancanza dalla madre, anticipando per tal guisa l'amministrazione che loro spetterà per diritto di patria potestà una volta che il chiamato alla successione sarà venuto alla luce (2).

Però, come è noto, la durata della gestazione si distingue in due diversi periodi; l'uno, in cui il feto è allo stato di semplice embrione, pendente il quale periodo il fatto del concepimento è al tutto incerto e spesso ignorato dalla stessa madre; il secondo, in cui il feto ha già ottenuto un notevole sviluppo e lo stato di gravidanza più non ammette dubbio.

Se all'aprirsi della successione a cui un concepito sarebbe chiamato, la gravidanza già si trovi in questo secondo stadio, niun dubbio che il genitore avente la patria potestà sul nascituro possa senz'altro reclamare il diritto d'amministrazione di cui abbiam sopra tenuto parola; ma se così non sia, se la gravidanza venga semplicemente *affermata* senza possibilità di effettiva constatazione; oppure se dai genitori della prole sperata sia invocata *la mera possibilità* d'avvenuto concepimento, noi crediamo che *per intanto*, ed in tale stato d'incertezza, manchi al presunto genitore *il titolo* per reclamare l'amministrazione, ed in caso di contrasto cogli aventi diritto all'eredità in concorso od in sostituzione all'eventuale concepito, i relativi beni debbano esser posti sotto sequestro fintantochè la gravidanza divenga un fatto positivo ed incontrastabile.

6. Nessuno potendo essere costretto a stare in comunione (3), la divisione potrà chiedersi anche in contraddittorio d'un coerede semplicemente concepito, ben inteso in persona di chi ne abbia la giuridica rappresentanza (4).

Così suppongasi che Tizio deceda *ab intestato*, lasciando superstiti il fratello Mario e la cognata Cornelia, vedova di Siro, altro fratello di Tizio, e deceduto un mese prima di questo. Se Cornelia si trova incinta, l'eredità di Tizio si devolve per una metà a Mario e per l'altra metà alla prole postuma di Siro. Se così piaccia a Mario, egli può promuovere tosto la divisione dell'eredità, al quale riguardo sono da tenersi presenti le seguenti avvertenze:

1° Se la gravidanza di Cornelia sia un fatto positivamente constante, ad essa spetta, come vedemmo, l'amministrazione della quota ereditaria devoluta alla prole concepita, della quale ha pure la giuridica rappresentanza, e quindi la divisione dovrà promuoversi in contraddittorio di lei. Se per contro sia ancora dubbio ed incerto lo stato di gravidanza della vedova, ed a questa non competa per altro titolo il diritto ad amministrare detta quota (verbigrazia perchè madre d'altra prole), nè

(1) Nel senso da noi propugnato: Ricci, *Dir. civ.*, III, n. 94; Gianturco, *Delle successioni*, p. 48; Paoli, *Successioni*, n. 139; Buniva, *Successioni*, p. 28; Borsari, *Cod. civ.*, § 1543.

In senso contrario: Pacifici-Mazzoni, *Succ.*, I, p. 67 e seg.; Fulci, *Succ.*, § XI; Cavallaro-Freni, *Dell'occupazione e delle successioni legittime* (Catania 1875), p. 64 e seg.

È ben inteso che quando noi sosteniamo che i criterii di cui all'art. 160 valgono anche a determinare l'epoca del concepimento, supponiamo che sia fuori questione la legittimità dell'infante; altrimenti la certezza del concepimento indotta dall'art. 160 sarebbe irrilevante. Così se una vedova dia alla luce un bambino nei trecento giorni dalla morte del marito, rimarrà bensì certo ch'esso fu concepito in costanza di matrimonio, ma non sarà precluso agli eredi del marito di impugnarne la legittimità provando che nei trecento giorni che precedettero la nascita del bambino il marito era nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie (art. 162, 167 Cod. civ.).

(2) Pacifici-Mazzoni, n. 75.

(3) Art. 681, 984 Cod. civ.

(4) Pacifici-Mazzoni, n. 75.

Mario consenta di deferire a lei tale amministrazione, si dovrà addivenire alla nomina d'uno speciale sequestratario, in cui contraddittorio la divisione sarà promossa;

2° La divisione avrà carattere semplicemente provvisorio (1), inquantochè ove si constati non sussistere la gravidanza, o qualora la vedova abortisca, l'attribuzione del lotto alla prole postuma si avrà per non avvenuta;

3° Essendo fra i possibili che nascano due gemelli, sempre quando fra il nato e la prole postuma la divisione debba farsi *per capi*, sarà prudente l'assegnare per intanto al lotto del nato *un solo terzo* dell'asse dividendo, salvo il rinnovare il riparto qualora la prole postuma nasca unica (2).

7. Gl'interessi, talvolta cospicui, collegati all'evento della nascita, che si verifichi o manchi, del concepito, a cui un'eredità è devoluta, e la possibilità di frodi al riguardo, intese od a *sopprimere* la prole concepita, od a *supporre* un parto che effettivamente non abbia avuto luogo, giustificano le cautele che agli interessati piaccia di reclamare all'oggetto di scongiurare il pericolo di tali frodi. Dispone all'uopo la legge, che se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, sull'istanza di persona interessata, può nominare *un curatore al ventre* (3).

Se la nomina di questo curatore sia indotta da sospetti o timori che si voglia attentare all'esistenza della prole concepita, procurando di sopprimerla, sarà ufficio del curatore d'invigilare colla massima attenzione sul tenore di vita della madre, badando essenzialmente che osservi quelle precauzioni e quel regime dietetico che la scienza medica suggerisce per l'incolumità del nascituro, e che si astenga da qualunque fatto pregiudizievole alla salute del feto.

Se poi la nomina del curatore sia inspirata dal sospetto che si tratti d'una gravidanza simulata, che tenda a far capo ad una *supposizione di parto*, sarà essenziale dovere del curatore d'assistere al parto, provvedendo a che questo segua in luogo e alla presenza di persone tali da escludere ogni pericolo d'inganni o di frodi (4).

8. Il testo della legge permette la nomina d'un curatore al ventre *se alla morte del marito la moglie si trova incinta*. Crediamo però, per le considerazioni superiormente svolte, che la nomina sarebbe ammessibile anche quando la gestazione non fosse ancora positivamente constatabile, e si trovasse così allo stato di mera possibilità.

Crediamo pure, che quantunque la legge parli della nomina del curatore in casi di figliazione legittima, nulla osterebbe a che il curatore stesso venisse deputato in caso di figliazione naturale. Suppongasi, ad esempio, che un testatore istituisca erede un suo figlio naturale semplicemente concepito, e che al figlio sostituisca altra persona; a nostro avviso il sostituito avrà tutto l'interesse ed il diritto di promuovere, se ne reputi il caso, la nomina d'un curatore al ventre.

9. Sotto le legislazioni, quale la romana ed anche quelle dei Codici anteriori al vigente civile italiano, che rifiutavano alla madre di famiglia la prerogativa e le attribuzioni proprie della patria potestà, il curatore al ventre aveva, oltrechè un ufficio di cura e di vigilanza sulla madre, importanti diritti relativi al possesso ed all'amministrazione dei beni cui il concepito era chiamato (5).

Nel sistema del Codice nostro, pel quale, mancando il padre, la patria potestà e la rappresentanza dei figli così nati come nascituri e l'amministrazione dei relativi beni compete alla madre, riteniamo fuori dubbio che il còmpito del curatore al ventre non possa per nulla disorbitare dalla sfera che la denominazione del suo ufficio gli assegna.

10. Se, per una parte, a render capace di succedere *basta* l'essere concepito al momento dell'apertura della successione, d'altra parte *è necessario* che l'individuo sia poi *nato vivo* e *vitale* (6).

L'individuo dev'esser *nato*, ossia uscito completamente dall'alvo materno, non avendo prima, in fatto come in diritto, una entità distinta, e considerandosi quindi quasi come porzione delle viscere materne.

Nulla del resto rileva che la nascita sia avvenuta naturalmente o col sussidio di operazioni chirurgiche (7).

Senza la nascita, non avrebbe importanza che l'infante fosse sopravvissuto alla madre, vale a dire che fosse stato scoperto vivo nelle viscere materne dopo la morte della madre, venendo poi a morire prima di esserne separato. Perciocchè, da un lato, sarà questo un sopravvivere puramente fittizio, momentaneo, un fugace resto della esistenza materna, e non già una vita vera, appieno autonoma, distinta e indipendente. D'altro lato, fosse anche quella una vita perfetta, non basterebbe da sola ad attribuire giuridica personalità al bambino, giacchè la legge, come si disse, riconosce capacità di succedere al *nato vivo*, mentre qui si tratterebbe di *vivo non nato*, o nato poi morto (8).

---

(1) Borsari, *Cod. civ.*, § 1541.

(2) V. però Pacifici-Mazzoni, op. e vol. cit., n. 64.

(3) Art. 236 Cod. civ.

(4) Non sarà senza interesse il ricordare le precauzioni stabilite dall'editto del Pretore ad impedire il pericolo di supposizione di parto allorchè, alla morte del marito, la moglie si trovasse incinta.

*Si mulier, mortuo marito, praegnantem se esse dicat: his ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum, bis in mense denunciandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspiciant. Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque; haeque simul omnes inspiciant; dum ne qua earum dum inspicit, invita muliere ventrem tangat. Mulier in domo honestissimae foeminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta quam parituram se putat, denunciet his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante ostium ejus conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Quotiescumque ea mulier in id conclave, aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id antea prospiciant; et eos qui introierint, excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volent, omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier, cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denunciet, ut mittant quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque; ita ut, praeter obstetrices duas, in eo conclavi, ne plures mulieres liberae sint quam decem: ancillae, quam sex. Hae quae intus futurae erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnans sit. Tria lumina, ne minus, ibi sint; scilicet quia tenebrae, ad subjiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur. Apud eum educatur, apud quem parens jusserit. Si autem nihil parens jusserit, aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiet: apud quem educetur, causa cognita, constituam. Is, apud quem educabitur, quod natum erit, quoad trium mensium sit, bis in mense ex eo tempore; quoad sex mensium sit, semel in mense; a sex mensibus, quoad anniculus fiat, alternis mensibus; ab anniculo quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat. Si cui ventrem inspici, custodirive, adesse partui licitum non erit, factumve quid erit quominus ea ita fiant, uti supra comprehensum est; ei, quod natum erit possessionem causa cognita non dabo; sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici non licuerit. Quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit; eas si mihi justa causa videbitur esse, ei non dabo* (L. 1, § 10, Dig. *De insp. ventre*).

(5) V. il titolo del Digesto *De ventre in possess. mitt.*, articolo 251 Cod. alb., e la monogr. del prof. Albini negli *Ann. di Giur.* di Torino, VI, p. 386.

(6) Paoli, *Succ.*, n. 140.

(7) Isnardi, op. e pag. cit. nella nota seguente.

(8) Isnardi dott. F., *Principio e termine della personalità dell'individuo secondo il Codice civile*, p. 10, e la sentenza della Corte di Colonia, 14 marzo 1853, ivi cit. Contro: Fulci, op. cit., § XII; Buniva, *Succ.*, p. 32.

**11.** Per poter succedere, non basta che l'infante sia nato, occorre altresì che sia nato *vivo*. Il segno caratteristico della vita, la funzione che per eccellenza la dimostra, la cui cessazione è sinonimo di morte, è la respirazione, essendo appunto un postulato della scienza medica che per la respirazione s'inizia il vivere indipendente, attivandosi per essa nei polmoni quella circolazione del sangue ond'è trasmessa al corpo intiero la corrente della vita (1).

Deve però trattarsi di respirazione completa e perfetta, o per lo meno devono la più parte degli alveoli polmonari essere visitati e distesi dall'aria; altrimenti o non si avrebbe vita vera, od in ogni caso si riscontrerebbe deficienza di quella vitalità che, come vedremo fra un istante, è ulterior indispensabile requisito per poter succedere.

La vita deve appartenere all'infante *nato*, perchè la legge non riconosce capacità di succedere che ai *nati vivi*.

Quindi, non avrebbe capacità l'infante che fosse bensì vivo *nascendo*, ma che avesse già cessato d'esistere prima che la nascita fosse compiuta (2).

**12.** Oltrechè *nato* e nato *vivo*, l'infante, per poter succedere, dev'esser nato *vitale*, fornito, cioè, dell'attitudine a continuare a vivere. La ragione di quest'ulteriore requisito, che non appare richiesto dalle leggi romane, e venuto solo prevalendo nelle epoche posteriori (3), sembra consistere in ciò che la persona umana in tanto può essere soggetto di diritti in quanto dei diritti stessi possa valersi a proprio vantaggio e perfezionamento. Ma se la persona umana, appena apparsa alla luce, sia destinata inesorabilmente a tosto spegnersi, non potrebbe giovarsi in alcuna guisa dei diritti che le venissero attribuiti, non sarebbe che strumento passivo di trasmissione ad altri dei beni che le si devolvessero, e quindi, agli occhi della legge giuridica, non può essere riconosciuta meritevole della capacità successoria (4).

**13** La vitalità, giusta il senso normale della parola e lo spirito della legge, consistendo nell'attitudine a continuare a vivere, si avrà mancanza di vitalità quando si riscontri mancanza di tale attitudine, qualunque sia la cagione da cui dipenda. E così, tuttochè la causa più frequente di deficienza di vitalità sia la precocità del parto, se questo, per quanto maturo, sia affetto da vizio letale, non sarebbe possibile il seriamente contrastare che anche in questo caso il parto abbia a dichiararsi non vitale (5). Nè giova in contrario invocare il disposto dell'art. 161, n. 3 del Cod. civ.. e le discussioni in proposito fattesi in occasione della redazione del corrispondente articolo del Codice francese. Altro è infatti che, a tenore di detto articolo, il marito non possa disconoscere la paternità del figlio sebbene nato prima di centottanta giorni dal celebrato matrimonio, quando il parto fosse dichiarato non vitale; altro è che a far accogliere un tale disposto abbia esercitato grande influenza la considerazione che, trattandosi, nel caso suaccennato, secondo ogni probabilità, di parto prematuro, la precocità della nascita era possibile a conciliarsi colla sua legittimità; ed altra cosa è che, di fronte al testo chiaro ed indistinto della legge, l'impugnativa della paternità abbia a dirsi interdetta nel solo caso di parto non vitale perchè prematuro, tanto più che anche nel caso di mancanza di vitalità dipendente da altra cagione il disposto della legge trova congrua giustificazione, consistente nel difetto d'interesse nel marito a disconoscere la paternità d'un figlio cui la legge nega capacità giuridica (6); ragione per cui noi riterremmo che il diritto dell'impugnativa si estenderebbe pure al caso di prole non vitale nata in costanza di matrimonio, ma il cui concepimento si riferisse ad epoca in cui il marito fosse nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie ed avesse così per legge il diritto di disconoscere la prole da essa nata.

**14** Ma se, indipendentemente dalla precocità del parto, può darsi mancanza di vitalità nell'infante a motivo dei vizi dai quali si trovi affetto, perchè questi vizi possano costituire effettiva mancanza di vitalità devono rivestire i seguenti tre caratteri:

1° Deve trattarsi di vizi *originari*, vale a dire congeniti o per lo meno acquisiti prima della nascita. Se il bambino sia nato con costituzione vitale, nessun pregiudizio giuridico può arrecargli qualunque accidente sopravvenutogli, tuttochè immediatamente dopo la nascita, che sia stato causa della sua morte.

2° Deve trattarsi di vizi *irrimediabili*, tali cioè che nè la natura colle sue forze, nè la scienza coi suoi presidii valgano a salvare l'infante dalla loro azione fatalmente letale; poichè se il difetto organico sia tale di sua natura che possa in qualche guisa correggersi, si avrà sempre un infante capace di vivere, tuttochè di fatto sia rimasto soccombente nell'operazione a cui lo si abbia sottoposto per eliminare il difetto organico.

3° Deve trattarsi di vizi che *impediscano in modo assoluto all'infante il progresso nella vita*.

In altri termini, l'infante deve trovarsi affetto da vizi tali da costituire insuperabile ostacolo a conservare fuori del seno materno la vita che ha ricevuto dalla madre. Tale sarebbe il caso in cui l'infante avesse all'esofago un tumore od altro malore insanabile che gli rendesse impossibile la deglutizione, e quindi la nutrizione.

Ma se gli organi essenziali della vita, tuttochè gracili o difettosi, fossero in grado, bene o male, di funzionare, la semplice probabilità, confermata poscia dal fatto, della brevità della vita dell'infante, non potrà qualificarsi come mancanza di vitalità. Difatti, se per vitalità, invece di attitudine ad intraprendere la vita extra-uterina, si volesse intendere l'attitudine *a continuarla* una volta intrapresa, ognun vede che si cadrebbe nell'incerto e nell'arbitrario senz'alcun criterio fisso e sicuro per determinare quando sussistesse e quando mancasse la vitalità; fatto riflesso che alla vita umana non è precostituita una durata determinata, che ognuno di noi nascendo porta germi o predisposizioni, più o meno latenti, a speciali morbi, che possono, favoriti da cause occasionali, trarlo quandochessia alla tomba; che, insomma, ognuno di noi è vivo *d'un viver ch'è un correre alla morte* (7).

**15.** Sempre quando il bambino sia affetto da vizi aventi il triplice carattere suddesignato, esso dovrà dichiararsi *non vitale*. In ispecie, non rileverebbe che tali vizi, invece di dipendere da cause intrinseche al feto e strettamente fisiologiche, provenissero da cause estrinseche ed a lui estranee, come se la madre, negli ultimi giorni della gestazione, fosse stata vittima di lesioni traumatiche, di

(1) Ricci, n. 16; Isnardi, op. cit., p. 13; Pacifici-Mazzoni, n. 65.

(2) Isnardi, op. cit., p. 12.

(3) V. Albini, *Dei parti precoci e tardivi nei loro rapporti col diritto civile*, negli *Ann. di Giur.* di Torino, VI, p. 386 e seg.; Cavallaro-Freni, op. cit., p. 69; Borsari, § 1545; Isnardi, op. cit., p. 30 e seg.

(4) Fulci, op. cit., § XII; Ricci, III, n. 17; Pacifici-Mazzoni, n. 66; Borsari, § 1545; Isnardi, op. cit., p. 75. Per analoghe ragioni se la sopravvenienza della prole al donante autorizza costui a chiedere la rivocazione della fatta donazione è però necessario che la prole sopravvenuta sia nata viva e *vitale* (articolo 1083 Cod. civ.).

(5) In questo senso: Isnardi, op. cit., p. 71, 87 e seg.; Fulci, op. cit., § XII; Ricci, n. 17; Gianturco, *Delle successioni*, p. 49. In senso contr.: Pacifici-Mazzoni, *Succ.*, I, n. 66; Cavallaro-Freni, op. cit., p. 72.

(6) Albini, Monografia citata, p. 395 e seg.

(7) Dante, *Purg.*, XXXIII, verso 55.

caduta o di qualche altro accidente che avesse pregiudicato il feto, *per sè medesimo robusto e perfetto;* oppure se, per la difficoltà del parto, si fosse dovuto procedere all'estrazione del feto dall'alvo materno mediante operazione chirurgica, che abbia arrecato lesioni mortali al bambino (1).

Per altra parte, non sarà inopportuno il ripeterlo ancora una volta, ove non si riscontrino nel neonato i vizi suddesignati, non gli si potrà contestare il carattere di vitale, tuttochè la gracilità della sua complessione, il suo stato malaticcio facciano presagire brevissima la durata della sua esistenza, ed il fatto confermi tale pronostico. La vitalità è attitudine a vivere la vita extra-uterina, non già a vivere una vita più o meno lunga (2).

**16.** Ad esaurimento del tema, ci rimane a dire alcuna cosa in ordine alla prova della nascita, della vita e della vitalità, ed al relativo onere secondo le circostanze.

Chi sostiene che un determinato infante ha raccolto una successione, deve dar la prova della nascita di questo infante. Questa prova egli la esibirà agevolmente mediante produzione dell'atto di nascita rilasciato dall'uffiziale dello stato civile (3).

Nei casi eccezionali in cui non si fossero tenuti i registri dello stato civile o si fossero distrutti o smarriti, potrà e dovrà da lui darsi la prova della nascita o per via di documenti o scritture, o per via di testimoni (4).

**17.** Di regola generale, la prova della nascita mediante la produzione del relativo atto implica la prova che il bambino nacque vivo; perciocchè, qualora al momento della dichiarazione di nascita il bambino non fosse vivo, imponendo la legge all'uffiziale dello stato civile di esprimere questa circostanza (5), il silenzio dell'atto al riguardo dimostra che l'infante era vivo al momento della denuncia, e che quindi naturalmente era nato vivo.

Ma se al momento della dichiarazione il bambino sia già morto, incomberà forse a chi sostiene che il bambino nacque vivo il darne prova specifica (6), oppure questa circostanza potrà invece presumersi, e spetterà quindi a chi per contro pretenda che il bambino sia nato morto (7) il fornire dimostrazione di questo fatto?

A tutta prima parrebbe che dovrebbe accogliersi la presunzione di nascita in vita, e dispensarsi conseguentemente l'attore da una prova positiva al riguardo; inquantochè, sulla totalità delle nascite che avvengono, *è tenuissima* la proporzione dei nati morti.

Senonchè, meglio esaminata la questione, crediamo che si debba rispondere diversamente. Invero, nell'ipotesi da noi configurata, noi non ci troviamo semplicemente di fronte ad un atto di nascita, sibbene di fronte ad un atto che, insieme alla nascita, fa fede che al momento in cui la nascita stessa è denunciata, l'infante è privo di vita. Ora, se si avverta, per una parte, che la dichiarazione di nascita all'uffiziale dello stato civile vuol esser fatta *nei cinque giorni successivi* al parto (8), e che l'esperienza, attestata dalle statistiche, dimostra che dei bambini nati vivi pochissimi sono quelli che soccombono nei primi giorni dalla nascita, cosicchè il numero di costoro è tenue in confronto dei nati morti (9), apparirà manifesto che, in tali contingenze di fatto, l'onere della prova della vita debba incombere a chi l'invoca (10).

Del resto, la questione ci pare presso di noi risolta da un testo esplicito di legge, mancante nel Codice francese, introdotto dapprima nel Codice albertino, da cui fece passaggio nel Codice italiano; testo di legge dicente che *nel dubbio, si presumono vitali quelli* DI CUI CONSTA *che sono nati vivi* (11). Questo disposto dimostra che se, come meglio vedremo fra un istante, al fatto della vita è concomitante la presunzione della vitalità, di fronte ad un bambino privo di esistenza poco dopo la sua nascita, la legge non annetta la presunzione che sia nato vivo, ma che la prova di questa circostanza debba essere rigorosamente somministrata da chi è interessato a farla valere.

**18.** Ma chi ha provato che l'infante è nato vivo, non ha più ulteriormente da stabilire che l'infante fosse vitale; questa circostanza si presume, siccome conforme alla regola ordinaria della natura.

Nè può dirsi che trattandosi d'ipotesi, in cui alla nascita sia tosto susseguita la morte (inquantochè, se un notevole intervallo fosse fra l'una e l'altra decorso, non sarebbe più il caso di presunzione, ma di prova provata di vitalità), il fatto stesso costituisca dimostrazione escludente la vitalità; perciocchè, a parte l'ipotesi in cui la morte sia ad attribuirsi ad un'accidentalità sopravvenuta, come una caduta, un incendio, un'inondazione, nei quali casi la brevità della vita vissuta sarebbe indipendente dalla fisica costituzione dell'infante, ben *può essere* che la precocità della morte sia dipesa non da assoluta inettitudine dell'organismo del neonato ad iniziare la vita extrauterina, ma da semplice inidoneità *a protrarla a lungo*, stante la sua gracilità od altri analoghi difetti, i quali, come vedemmo, non bastano a costituire mancanza di vitalità nel senso strettamente giuridico, e di fronte a tale possibilità è giusto ed equo che la vitalità sia presunta e venga per tal guisa fatta salva la capacità giuridica del neonato.

Spetterà quindi a chi ha interesse d'escludere che l'infante abbia succeduto il dar la prova ch'esso venne alla luce destituito di vitalità (12); prova che nella maggior parte dei casi ed essenzialmente consisterà nelle attesta-

(1) Borsari, § 1546, p. 63, nota 1.

(2) Fulci, op. e loc. cit.; Paoli, n. 141; Borsari, § 1546. V. però Chironi, *Quest. di diritto civile*, p. 310.

(3) V. art. 371 e seg. Cod. civ.

(4) Art. 364 Cod civ.; Isnardi, op. cit., p. 18.

(5) Art. 374, capov. 3° Cod. civ.

(6) Stante la suprema importanza del fatto che un bambino sia nato vivo oppure morto, e la facilità d'equivoci al riguardo, che possono essere fonti di conseguenze rilevantissime, la legge opportunamente vieta all'ufficiale di stato civile che riceva l'atto di nascita di un bambino di tener conto della dichiarazione che si facesse dai comparenti che il bambino sia nato vivo oppure morto (art. 374, capov. ult. Cod. civ.).

Che se al momento della dichiarazione di nascita il bambino non fosse vivo, l'ufficiale dello stato civile, come già sopra avvertimmo, esprimerà questa circostanza, ma nel solo atto di nascita, senza redigere apposito atto di decesso. In ciò, come ben avverte il Borsari (*Comm. al Cod. civ.*, § 734), si rileva una delicatezza della legge. S'ignora, sino a che in apposito processo sia stabilita la verità del fatto, se il bambino sia nato vivo o morto. Dichiarare la *morte*, vale il dichiarare *la vita;* vale determinare un intervallo, sia pure di un attimo, fra la vita e la morte. E giacchè il non dichiarare la morte sembra avvalorare l'ipotesi che non vi sia mai stato principio di vita, in sostanza l'astensione non mette in essere veruna cosa.

(7) L'espressione *nato morto* è nella legge (art. 374 Cod. civ.). Ma propriamente *morto* è soltanto colui *che ha cessato di vivere*, non già colui che non ebbe mai vita, e quindi sarebbe più esatto chiamare quest'ultimo *nato senza vita.*

(8) Art. 371 Cod. civ.

(9) Nel Belgio durante il 1860 naquero 151,646 bambini, di cui 144,688 sopravvissuti alla redazione dell'atto di nascita, 4191 morti nel seno materno, 1192 morti durante il parto e 1575 morti dopo essere nati, prima però della loro presentazione all'ufficiale dello stato civile. Quindi il numero dei nati morti fu di 5383 in confronto di soli 1575 morti nei primi giorni dalla nascita. Isnardi, op. cit., p. 118.

(10) Sui modi di dar prova della vita avuta dall'infante, vedi Isnardi, op. cit., p. 18 e seg.

(11) Capov. art. 724.

(12) Cavallaro-Freni, op. cit., p. 75; Paoli, n. 142.

zioni delle persone pratiche le quali abbiano assistito al parto, riuscendo il più spesso impossibile attingere ancora elementi attendibili di convinzione da un'autopsia cadaverica.

Ove i risultati delle fornite prove lascino dubbiezza sul punto se il bambino sia o non sia nato vitale, il dubbio, come esplicitamente statuisce la legge, dovrà essere risolto nel senso della vitalità, e ciò per le ragioni già in precedenza svolte (1).

**19.** Il Codice albertino, all'art. 705, capov. 2°, dopo aver dichiarato che *nel dubbio si presumeranno vitali quelli che si proverà essere nati vivi*, soggiungeva: *salvo nel caso contemplato al n. 3° dell'art. 153* (2). Il n. 3° dell'art. 153 corrispondente sostanzialmente al n. 3° dell'art. 161 del vigente Codice italiano, stabiliva non poter il marito ricusare di riconoscere il figlio nato prima del centottantesimo giorno dal matrimonio, *quando il parto non fosse dichiarato vitale*. A tale formola il Codice nostro ha sostituito quest'altra: *quando il parto fosse dichiarato non vitale*.

E noi crediamo che l'apportata modificazione sia da commendarsi.

Di vero, per il Codice civile albertino, ad escludere la vitalità, agli effetti della legittimità del bambino, bastava una circostanza semplicemente negativa, vale a dire che il parto *non fosse stato dichiarato vitale*. Cosicchè, mentre, nei casi ordinari, alla nascita in vita andava congiunta la presunzione di vitalità, nel caso d'infante nato entro i centottanta giorni dal celebrato matrimonio, la vitalità non si presumeva, ma doveva essere positivamente dichiarata. E mentre, nei casi ordinari, supposto che la madre fosse deceduta nei travagli del parto, il figlio nato vivo si presumeva vitale e rivestiva quindi capacità di raccogliere il retaggio materno; nel caso in disamina, per contro, in mancanza d'esplicita prova di vitalità, questa veniva esclusa col duplice effetto di far salva la sua legittimità e d'impedire la sua capacità successoria.

Come dicemmo, noi riteniamo che con savio consiglio il Codice nostro abbia richiesto una declaratoria positiva di non vitalità anche all'effetto d'interdire al marito l'azione in disconoscimento della prole nata precocemente dopo il celebrato matrimonio.

Da un lato infatti, secondochè già avemmo occasione di osservare, la lettera e lo spirito della legge negano l'azione in disconoscimento anche quando la mancanza di vitalità non dipenda da precocità di parto, e sia così conciliabile colla maturità del medesimo, laonde, oltre all'offendere il testo della legge, mancherebbe adeguata ragione per assumere la *non vitalità* di cui all'art. 161, n. 3 del Codice civile quale sinonimo di *non maturità* e per annettere così una presunzione di non vitalità ad ogni parto che avvenga nei centottanta giorni dal matrimonio.

D'altro canto, se sta vero che mantenendo la presunzione di vitalità ai parti nati entro detto termine, ossia, il che equivale, che la relativa gestazione abbia avuto la durata normale, si viene a ledere l'onore della madre, inquantochè si viene a presupporre che questa avrebbe mancato alle leggi dell'onestà prima di accedere alle nozze, vuolsi per altra parte osservare che siffatta presunzione potrà agevolmente venir distrutta dalla prova contraria qualora si tratti di parto effettivamente precoce; e che per quanto possa apparir lodevole che il legislatore abbia a preoccuparsi dell'onore della madre di famiglia, questa preoccupazione non può esser tale da far dimenticare le leggi della natura per cui, salvi casi eccezionali, alla vita va annessa la vitalità (3).

Dal momento pertanto, che anche per i parti avvenuti nei centottanta giorni dal matrimonio, la legge nostra richiede, agli effetti della legittimità, che ne sia formalmente constatata la non vitalità, essa, a differenza del Codice albertino, non aveva più bisogno, sotto il titolo delle successioni, dopo aver dichiarato che alla vita andava annessa la presunzione di vitalità, di richiamare, in via di deroga, disposizione qualsiasi che fosse inserta sotto il titolo della paternità.

**20.** Appendice:

*a)* Sentenza della Corte d'app. di Genova, 17 maggio 1886, in causa Aicardi-Aragosta.

« Nell'aprile 1882, Vittoria Aragosta si disposava ad Emanuele Aicardi; e rimasta vedova del marito nel 29 novembre dello stesso anno, si sgravava, nel 20 gennaio del 1883, di una bambina, che moriva nel 28 dello stesso mese.

“ Nell'aprile susseguente, l'Aragosta citava dinanzi il Tribunale civile di questa città i suoceri, coniugi Aicardi, domandando la loro condanna solidale a restituire: 1° una cartella di rendita italiana di lire 500, non che diversi oggetti di ornamento muliebre, del valore di lire 2515, ch'essa diceva di sua proprietà ed apportati al marito nell'occasione del matrimonio; 2° altra cartella della rendita di lire *cento*, più altri oggetti d'oro e d'argento, effetti e danaro per una somma di lire 2355, che diceva lasciati dal marito stesso e spettanti a lei, come erede unica legittima, mediante la figlia defunta; le quali cose tutte sarebbero state, alla morte del marito, da lei consegnate ai convenuti, e da questi non più volute re-

(1) Vegganai le decisioni riportate nell'*Appendice* al presente paragrafo, nn. 20 e 21.

(2) L'art. 705 del Cod. civ. albertino, nel suo primitivo progetto, era, nel 2° capoverso, identico al capoverso dell'art. 724 del Codice vigente. In occasione della discussione alla Sezione grazia e giustizia del Consiglio di Stato, tre membri opinavano essere opportuno di aggiungere, in fine di tale capoverso, la espressione: *salvo ciò che è disposto al n. 3 dell'art. 153*, spiegando il motivo di quest'aggiunta col dire che non sempre il parto, che sia nato vivo, riunisce le condizioni necessarie alla vita, cioè non è sempre vitale. Il fatto della vitalità essendo spesso dubbioso, la legge stabilisce nel presente articolo che, nel dubbio, si presume la vitalità quando si provi che il parto sia nato vivo; ma questa presunzione legale deve aver luogo soltanto in ciò che riguarda alla capacità di ricevere per testamento, la quale forma l'oggetto dell'articolo, e non per altri casi in cui divenisse necessario di accertare se il parto sia nato vitale.

Uno di questi casi si presenta nel detto art. 153, n. 3, ove è detto che il marito non può ricusare di riconoscere il figlio nato prima del 180^mo^ giorno dal matrimonio quando il parto non fosse dichiarato vitale; e ciò pel motivo che, questo parto potendo essere un aborto, non deve permettersi al marito di intaccare l'onore della moglie col sostenere che sia frutto di una unione illecita prima del matrimonio. — Se quel parto nato prima del 180^mo^ giorno avesse dato segni di vita, potrebbe credersi da taluno che, in forza della presunzione legale stabilita nel presente art. 705, basti il provare che è nato vivo perchè dovesse riputarsi nato vitale; la qual cosa sarebbe affatto contraria allo scopo della legge nel succitato art. 153, onde, per togliere ogni dubbio, è opportuno di spiegare nel presente articolo che la presunzione della vitalità del parto non si applica al caso indicato in quell'articolo.

Nella riunione plenaria del Consiglio di Stato, il Guardasigilli, rispetto a tale proposta, dichiarava di ritenere che, anche senza aggiungere tale spiegazione, la legge sarebbe intesa nel senso indicato dai preopinanti; non aver tuttavia difficoltà che fosse fatta l'aggiunta proposta.

In seguito al che, l'aggiunta venne adottata (V. *Motivi del Codice civile albertino*, II, p. 31 e seg.).

(3) V. però Isnardi, op. cit., p. 126 e seg.

stituire. E deduceva interrogatorii sulla verità dei fatti esposti.

" Rispondevano i convenuti: che la bambina data in luce dall'attrice non era nata *vitale*, e chiedevano di provarlo con testimoni; non avere quindi essa l'assunta qualità di erede; essere prematura la deduzione degli interrogatorii.

" Sull'incidente elevatosi circa l'ammissione delle prove *hinc et inde* dedotte, il Tribunale, con sentenza del 2 novembre 1883, ammise tanto gl'interrogatorii dell'attrice, quanto la prova testimoniale dei convenuti circa la *non vitalità* della neonata.

" Sull'appello dell'Aragosta, questa Corte, giudicando che la prova, qual era stata proposta dai convenuti, dovrebb'essere materia d'una perizia, non di testimoniali, con sentenza del 25 aprile 1884, riformando quella del Tribunale, la rigettò.

" Ripresasi dopo ciò la causa in prima instanza, fu proceduto all'interrogatorio dei convenuti. Rispose la Santa Palma: " Che il padre della attrice, pochi giorni prima del matrimonio, aveva consegnato allo sposo la cartella della rendita di lire 500, perchè se ne valesse ad acquistare il mobiglio di casa; ciò che fece, restituendo la metà dell'importo di detto titolo all'Aragosta stesso, che glie lo aveva dato. Quanto agli oggetti preziosi, ammetteva in genere di esserne in possesso, senza poter dire di quali e quanti, perchè rinchiusi in una scatola, essere pronta a restituire quelli di spettanza dell'attrice, ed apportati da lei, e parecchi ne indicava. Diceva di ritenere anche diversi oggetti già posseduti dal figlio; ma i principali di questi, come l'orologio con catena d'oro, essere proprii di essa rispondente; essersi erogato l'importo della cartella da lire *cento* e il danaro nelle spese d'ultima infermità e di sepoltura del figlio, col consenso dell'attrice ".

" Rispose poi il Giuseppe Aicardi, quanto alla cartella da lire 100, ciò che aveva dichiarato la moglie; e quanto al resto, nulla conoscere di preciso; saper soltanto che, poco prima della morte del marito, la Aragosta aveva asportato dalla casa coniugale un pacco suggellato, ma dietro sua richiesta lo aveva riportato e consegnato alla suocera.

" Sottopostasi di nuovo la causa al giudizio del Tribunale, l'attrice Aragosta concludeva per l'accoglimento definitivo delle sue domande, previo, ove d'uopo, un suo giuramento suppletorio; o per essere almeno ammessa a provare con testimoni i fatti che già erano stati oggetto dell'interrogatorio dei convenuti e ancor meglio specificati; e nel caso di sentenza non definitiva, chiedeva una provvisionale. Pei convenuti all'opposto si domandava che fossero respinte le istanze dell'attrice e le dedotte prove, quelle come destituite d'ogni fondamento, queste come inammissibili in diritto; chiedevano invece una perizia sulla non vitalità della defunta bambina, col mezzo del prof. De Negri, che l'aveva visitata, e di cui producevano un certificato; subordinatamente chiedevano a loro volta una prova testimoniale circa la erogazione parziale della cartella delle lire 500, e totale di quella da lire 100 e del denaro, come sopra si accennò; che il defunto marito dell'attrice non aveva mezzi proprii, e che tutto quanto di valore aveva lasciato apparteneva ai suoi genitori. L'attrice si opponeva a queste prove, producendo da suo canto un certificato in senso contrario del dottor Rosciano, che aveva curata ed operata la stessa bambina. E il Tribunale, con sentenza del 25 aprile 1885 " reietta ogni istanza " e deduzione in contrario, ed in specie le deduzioni di " prova e di perizia dai convenuti proposte, ammise i ca" pitoli di prova testimoniale dedotti dall'attrice, dichia" rando la sua sentenza provvisoriamente esecutiva, e " condannando i convenuti nelle spese dell'incidente ".

" Questa sentenza fu, a richiesta dell'attrice, notificata nel 26 maggio, e nei mesi di giugno e luglio susseguenti si procedette agli esami dei testimoni dedotti dall'una e dall'altra parte. Ma nel giorno 22 dello stesso mese di luglio, i coniugi Aicardi intimarono all'Aragosta citazione in appello dalla detta sentenza, in quanto ammise le prove dedotte dall'attrice e respinse quelle da essi richieste, e specialmente la perizia, e ne ha pure appellato incidentalmente l'attrice, in quanto il Tribunale avrebbe dovuto accogliere senz'altro le sue domande in merito, ammettendo lei a giurare suppletoriamente; od ammettendo altre prove, accordarle una provvisionale.

" In seguito alla discussione della causa e alle conclusioni prese dalle parti, si presentano ora a decidere dalla Corte le seguenti questioni: *Omissis*.

" Considerato, in ordine alla prova per periti dagli appellanti medesimi richiesta sulla *non vitalità* della bambina Emanuela Santa Aicardi, che i convenuti coniugi Aicardi, allo scopo di escludere nell'attrice l'assunta qualità di erede unica della defunta figlia, e pel mezzo di questa del fu marito suo, avevano in prima istanza e nel precedente stadio della causa dedotto il seguente capitolo di prova testimoniale: " essere vero, per le cause di scienza " da indicarsi dai testimoni, come la Emanuela Santa " Aicardi, nata nel 20 e morta nel 28 gennaio 1883, *è* " *nata non vitale* ". Ammise il Tribunale questa prova colla interlocutoria del 2 novembre 1883, modificandone ed ampliandone il tenore; ma sull'appello dell'attrice, questa Corte colla sentenza del 29 aprile 1884 giudicò che il dedotto capitolo avrebbe dovuto formare materia di una perizia, non di una prova testimoniale, e lo respinse. In questa nuova sede di giudizio, gli appellanti chiedono ancora " che sia ordinata una perizia medica, nominando " a perito il prof. De Negri Giuseppe, con incarico di rife" rire se la suddetta bambina sia nata vitale ". E sostengono, non solamente che questa prova non si potesse respingere, come fece il Tribunale, ma che già siavi cosa giudicata circa la sua ammissibilità.

" Ma a giudizio della Corte, nè vi ha cosa giudicata su questo punto, nè la prova è ammessibile nello stato attuale delle cose, nè, per quanto risulta dagli atti, può più revocarsi in dubbio la vitalità di quell'infante.

" Non vi ha *cosa giudicata;* imperocchè la Corte null'altro giudicò colla precedente sentenza, se non che il capitolo di prova, qual era dedotto dai convenuti, avrebbe dovuto formare oggetto di un giudizio di periti, non di una prova per testimoni, i quali debbono accertare dei fatti, non pronunciare dei giudizi, massime su una materia ove occorrono nozioni tecniche e scientifiche. Ciò è sì vero, che il Tribunale di prima istanza, colla interlocutoria del 1883, aveva dovuto, per ammetterla, e con ingerenza non al tutto legale, riformare la materia capitolata, indicare i testimoni che avrebbero dovuto esaminarsi (la levatrice e i sanitari che visitarono la neonata) ed estendere la prova all'accertamento dei caratteri proprî della non vitalità, cioè a dire, che la bambina era nata " con tali imperfezioni fisiche ed organiche per effetto " delle quali esclusivamente, *ex necesse*, ell'era nell'impos" sibilità di continuare a vivere "; ed ebbe, nei motivi, a qualificare, con nuovo termine, questa prova, come una *prova-perizia*.

" E in presenza di cosiffatta pronunzia, questa Corte, ristabilendo i termini proprii e legali della proposta prova, disse in tesi che l'assunto dei convenuti non doveva dimostrarsi col mezzo di testimoni, sibbene con periti, ma lasciò perfettamente impregiudicata la questione, che ora si agita, e che allora non fu discussa, cioè a dire se nell'ipotesi, ossia allo stato attuale delle cose e di fronte

alle risultanze degli atti e documenti della causa, la prova peritale della non vitalità della fu Emanuela Aicardi fosse possibile ed ammissibile.

" Intorno a che il Tribunale colla sentenza, da cui ora è appello, rettamente considerò, che non essendo più possibile il basare un giudizio tecnico sul cadavere della bambina, morta da più di due anni, la pretesa perizia si risolverebbe, in sostanza, nella testimonianza di quell'unico perito, il prof. De Negri, che dai convenuti vorrebbesi nominato, e si avrebbe così, sul fatto in contestazione, quella prova testimoniale che la Corte ebbe ad escludere col giudicato precedente.

" Avrebbe inoltre potuto e dovuto aggiungere il Tribunale, che non solamente non è più possibile il portare esame sul cadavere della bambina; ma che all'infuori dei due certificati, per certo da sè soli insufficienti, dei due medici che la visitarono, e prodotti in atti, non si ha neppure un processo verbale di autopsia od una testimoniale qualsiasi dello stato e delle condizioni fisiologiche di quella creatura, che fornir possa il materiale e la base di un giudizio medico legale. Si aggiunga ancora che non potrebbe dirsi legalmente una perizia quella che si ordinasse da un Tribunale senza avere libera la scelta dei periti, giacchè nel caso si dovrebbe di necessità eleggere o l'uno o l'altro dei due sanitari che videro la bambina, i quali, per quanto rispettabili entrambi, già emisero il loro avviso, l'uno all'altro contrario; e poichè la legge non consente la nomina di due soli periti, non basterebbe neppure la nomina di quei due, ma il collegio peritale dovrebb'essere completato colla nomina di un terzo, il quale non potrebbe prendere a base del proprio giudizio null'altro che i dati di fatto che gli potrebbero essere forniti dagli altri due sulle sole reminiscenze di questi tre anni or sono.

" Si arroge per ultimo, che anche così formato il collegio dei periti, e supposto pure che gli eletti accettassero l'incarico, potrebb'essere impedita l'esecuzione della prova, se dall'attrice fosse ricusato il prof. De Negri, e dai convenuti il dott. Rosciano, come ne avrebbero la facoltà, per aver essi già manifestato il loro avviso sul punto controverso della vitalità della bambina Aicardi, a sensi degli art. 254 ult. alin. e 116, n. 9 del Cod. di proc. civ.

" E poichè manca, nel caso concreto, la possibilità di una vera perizia giudiziale, e poichè i convenuti non hanno potuto fornirne gli elementi, è da vedersi se dalle risultanze degli atti della causa si abbiano dati bastevoli per risolvere la controversia, e in qual senso debba essere risoluta.

" Si è prodotto, in proposito, dai convenuti un'attestazione del dott. Giuseppe De Negri in data 7 marzo 1884, in cui si legge che " richiesto dal sig. Giuseppe Aicardi " *egli si recò* nel gennaio 1883 a visitare una bambina " neonata, figlia di Emanuela Aicardi, che trovò estre- " mamente gracile, con debolissimi e rauchi vagiti, e tutto " il suo grinzoso corpicino tinto d'un colore subitterico. " Esaminata in tutta la superficie del corpo, *trovò* una " completa atresia (imperforazione) dell'ano. Tale oblite- " razione (prosegue a dire quel medico) non consisteva " in una semplice e sottile membrana (*operculum*); ma " per le indagini istituite mi persuasi che la suddetta " chiusura si protendeva al di là degli sfinteri anali; di- " modochè tale deformità doveasi piuttosto attribuire ad " una parziale mancanza nello sviluppo dell'intestino " retto, anzichè ad una semplice obliterazione anale. *In- " terrogato sulle condizioni di vitalità di cotesta neonata, " non esitai un istante a rispondere negativamente* „.

" Da sua parte l'attrice ha prodotto un'attestazione del dottore Giuseppe Rosciano, direttore della Maternità, in data 28 marzo 1884, espressa nei termini seguenti: " Risulta dai registri della nostra Maternità, che nel- " l'anno 1883, ai 22 di gennaio, fu presentata a questa " ambulanza ginecologica una bambina per nome Aicardi " Emanuela, di giorni due, affetta da *ano vulvare conge- " nito*. Tale bambina *era perfettamente sviluppata in tutti " gli altri suoi organi, onde se ne dedusse che era nata a " termine*. Era ben nutrita, e solo si giudicava sofferente " per il colorito giallognolo proprio di tali malattie, do- " vuto appunto all'impedita funzione della defecazione. " Essa fu immediatamente assoggettata all'operazione, " seguendo il metodo del Rizzoli, e dopo questa *ebbe su- " bito il beneficio delle evacuazioni alvine;* beneficio che " continuò fin che visse. *Onde si può con piena scienza e " coscienza* dichiarare che la suddetta bambina avrebbe " potuto vivere perfettamente in seguito all'operazione, " essendo l'ano vulvare un vizio congenito suscettibile di " essere corretto, e non appartenente perciò a quel ge- " nere d'imperfezioni teratologiche che compromettono la " vitalità del neonato „.

" Già dal confronto di queste due attestazioni mediche non si può disconoscere la prevalenza e il maggior peso che si deve attribuire alle nozioni fornite e al giudizio emesso dal dott. Rosciano, su quello espresso dal dottor De Negri; giacchè il giudizio di quest'ultimo era fondato unicamente sulle apparenze esteriori del corpo della neonata, e quindi soltanto congetturale; il giudizio invece del dott. Rosciano, che ebbe a farne un esame più intimo e ad eseguire l'operazione, potè basarsi sovra dati più certi; e il risultato che potè trarsi dalla operazione per la quale le impedite funzioni del corpo della neonata poterono attivarsi e prolungarsene la vita per altri sei giorni, venne a confermare il suo giudizio circa la natura riparabile della imperfezione ond'era affetta, compatibile colla vita e la vitalità, e ad escludere così od indubbiare grandemente l'incompleto sviluppo delle viscere, supposto dal primo perito, potendo avere la breve vita e la gracilità della bambina la sua spiegazione in tutt'altre cause, fra le quali le sofferenze a cui dovette soggiacere la madre alla morte immatura dello sposo, quand'essa era in istato di quasi matura gestazione. Se a ciò si aggiunge, che giusta i rilievi fatti da amendue i periti dell'arte, quella bambina era perfettamente sviluppata in tutto il resto de' suoi organi, come frutto di una gestazione compiuta (dato questo che dai medico-legisti fu sempre ritenuto come una delle condizioni più probabili della vitalità, e che risponde, nel caso concreto, al raffronto tra l'epoca del matrimonio dell'Aragosta — aprile 1882 — e quella del parto — gennaio 1883); se si consideri che essa ha compiuto per otto giorni quelle che dai dottori di medicina legale diconsi le funzioni essenziali della vita extrauterina od autonoma, che sono l'innervazione, la circolazione, la respirazione e la nutrizione, od assimilazione organica, non si potrebbe esitare a pronunciarsi per la vitalità della bambina Aicardi.

" D'altronde, è avviso quasi unanime dei professori della scienza, che ad escludere la vitalità dell'essere umano non basti un'imperfezione accidentale di qualche organo, o viscere, o parte qualsiasi del corpo, purchè rimediabile coi soccorsi dell'arte, ma si richieda un tale difetto organico e congenito, od una tale anomalia di condizioni fisiologiche, da escludere necessariamente il protrarsi della sua esistenza fuori dell'alvo materno.

" Nè d'altra parte è necessario che la vita del neonato si prolunghi per un certo tempo, perchè lo si abbia a ritenere vitale; bensì del tempo in cui durò a vivere deve tenersi conto per giudicare della sua *vitalità;* e il tempo vissuto dalla Emanuela Aicardi fu più che sufficiente ad

assodarne l'attitudine a vivere, cioè a dire quella perfezione di essere che basta per la nostra legge civile affinchè le si debba attribuire capacità, e quindi quella di ricevere e trasmettere un'eredità.

" Finalmente è pur certo per espressa disposizione della legge (art. 724 ult. alinea) e per comune insegnamento della dottrina e della giurisprudenza che si presumono vitali coloro di cui consta che sono nati vivi; e che codesta presunzione, sebbene *juris tantum*, non deve cedere che alla prova contraria completa, e rimane in tutta la sua efficacia finchè non venga distrutta colla dimostrazione della verità contraria da coloro che impugnano la vitalità e la capacità di succedere.

" E se un dubbio rimanesse ancora nel caso che ci occupa, pel difetto di prove più positive di quelle che si hanno, questo dubbio dovrebbe certamente risolversi, come vuole la legge, per la vitalità, perchè nel dubbio va favorita la capacità che è la regola, sull'incapacità che è la eccezione, e perchè la prima ipotesi conserva l'ordine normale delle successioni (dal padre alla figlia e dalla figlia alla madre), ma l'altra sovverte l'ordine naturale e legittimo.

" Considerato, che stabilita per tal modo nell'attrice Aragosta la qualità di erede unica e legittima della defunta sua figlia, e quindi il diritto in lei sola di ripetere tutto ciò che s'appartiene alla eredità del defunto marito, sarà poi còmpito dei primi giudici, a cui la causa dovrà fare ritorno per la discussione del merito, il decidere, sui risultati delle prove assunte e di quelle che dovranno ancora esperirsi, quali siano le cose di cui i convenuti le dovranno render conto come spettanti alla detta successione, oltre a quegli altri valori ed oggetti che essa reclama come di sua personale proprietà.

" Per questi motivi, ecc. „.

21. *b*) Sentenza della Corte d'appello di Perugia, 18 febbraio 1892, in causa Filippi-Biancalana.

" La Corte. — Innanzi tutto vuolsi notare che qui non si mette in questione fra le parti nè che il bambino nacque vivo, nè che sopravvisse alla madre. — Donde l'applicabilità, nella specie, dell'ultimo alinea dell'art. 724 Codice civile, ove è stabilito, all'effetto della capacità a succedere, che " nel dubbio si presumono vitali quelli che son nati vivi „. Incomberebbe dunque alle Biancalana, che allegano la non vitalità, di fornir prova nitida e piena del loro assunto; imperocchè qualunque incertezza rimanesse in proposito, darebbe libero campo alla cennata presunzione *juris*, bastevole a far decidere la causa contro di loro.

" Or, nel subietto caso, non è un semplice dubbio contro il loro assunto, quel che si raccoglie dalle stringenti osservazioni che il Filippi ha fatte sulle risultanze dell'esame testimoniale e sui documenti della causa, ma bensì la prova chiarissima della tesi opposta, ossia della vitalità del nato suddetto.

" E su ciò è altresì opportuno premettere come la vitalità, nel concetto della legge civile, non sia altro che l'attitudine del neonato alla vita estrauterina. — Questo quindi è da dir vitale, sempre che presenti uno sviluppo ed una conformazione non assolutamente incompatibili colla continuazione della vita. — Cosicchè la vitalità può ben coesistere collo stato di debolezza od anche di malattia del neonato; a meno che *una prova assoluta*, come ben dice il Filippi, " non dimostri perentoriamente che " quella debolezza e quella malattia sono collegate con " un vizio morboso organico, invincibile ed irreparabile; " in modo che nè la natura colle sue forze, nè la scienza " con le sue cure e rimedii, sarebbero capaci a trionfare " della causa fatale e prossima della morte alla quale " deve necessariamente soccombere il nato vivo „. Epperò nessuna concludenza hanno nella specie le osservazioni delle appellanti sull'essere il bambino di cui trattasi *nato un po' asfittico* (come depose la levatrice Ginnaneschi, la quale del resto spiegò anche la causa del fenomeno: " perchè i dolori del parto erano durati a lungo „ e sul non essere stati *molto forti i vagiti che emise*). — Tutto ciò può valere a dimostrare la gracile organizzazione di quel bambino, non ad escludere la sua vitalità.

" Ciò che importa, a riguardo di questa, è che il neonato, come risulta abbondantemente dallo esame testimoniale, emise veri e proprii vagiti, quantunque non molto forti; da prima, sotto gli eccitamenti delle frizioni e spruzzi di acqua fattigli dalla levatrice per rianimarlo appena nato, ma poscia per moto spontaneo e naturale. — Vagì ripetute volte nella stessa stanza del parto; poi con maggior frequenza nella cucina, dove fu tenuto per lungo tempo dalla domestica Sabatini (la quale riferì l'alternarsi in lui della funzione del pianto con quella del sonno): " Lo intesi spesso piangere e spesso lo vidi addormentato „; poi in fine (dopo circa sette ore dalla nascita) nella chiesa, dove fu battezzato dal parroco Bruschi, il quale depose inoltre " parergli che quando gli fu posto il sale in bocca i suoi vagiti fossero più animati di quando era entrato „. — La quale lunga serie di spiccati fenomeni fisiologici dimostra ben altro che " respirazioni imperfette accompagnate da sospiri (come è detto nella conclusionale delle Biancalana) e deboli moti, quasi meccanici, sintomi menzogneri di una vita reale „. — Dimostra invece che gli organi essenziali della vita in quel fanciullo dovevano essere sufficientemente sviluppati e ben conformati, segnatamente quelli della circolazione e della respirazione, in guisa d'aver potuto trionfare della momentanea asfissia, cagionata, come disse la levatrice, dal protratto travaglio del parto; dimostra che " i suoi polmoni respirarono pienamente e con regolare funzionamento indipendente dai rapporti materni „; in altri termini, che la sua, benchè di poche ore, fu vita *reale e palese*, non *eclissata o latente*, fu vita propria ed autonoma, dovuta alla di lui funzionalità organica; cosicchè in quelle poche ore quel bambino prese il suo posto nel mondo, ed assunse agli occhi della legge la sua personalità civile.

" Ciò che importa altresì è che, mentre le Biancalana non hanno potuto provare e neanche accennare in via d'ipotesi alcun " vizio organico primigenio ed irrimediabile " che abbia potuto esser causa della morte del Pio Mar" giotta „ (anzi nella appendice alla loro conclusionale escludono anch'esse un tal vizio), d'altra parte codesta causa della morte si presenta provatissima da tutto l'esame testimoniale, nell'azione del freddo a cui quel bambino (nella perturbazione e scompiglio che lo stato disperato della madre produsse in tutti coloro che l'assistevano) fu tenuto esposto quasi senz'alcuna difesa.

" Per questi motivi, ecc. „.

### § 2. *Degli incapaci per indegnità.*

22. Ragione dell'incapacità per indegnità. Differenze al riguardo fra il Codice francese e l'italiano. Giustificazione di quest'ultimo. — 23. Fatti induttivi dell'indegnità di succedere. Confronto coi fatti inducenti rivocazione delle donazioni per ingratitudine. Ragioni della differenza. — 24. Prima causa di indegnità. *Volontaria uccisione del de cujus*. L'indegnità ha fondamento nel fatto dell'uccisione e non nella condanna. Ragioni. — 25. Connessione e subordinazione dell'azione civile per pronuncia d'indegnità alla azione penale per l'uccisione. — 26. L'uccisione dev'essere *volontaria*. Conseguenze. — 27. Ma non rileva che l'omicidio sia *scusabile*. *Quid* dell'omicidio commesso in duello. — 28. Nulla importano

le modalità dell'omicidio. - 29. Basta il tentativo d'omicidio. — 30. Ma sarebbe insufficiente l'attentato all'integrità personale. - 31. Seconda causa d'indegnità. *Accusa calunniosa*. Significato d'*accusare*. Conseguenze. — 32. Occorre accusa di reato *punibile con pena criminale*. Coordinamento di questo disposto col nuovo Codice penale. - 33. Basta la punibilità astratta. — 34. L'accusa dev'essere calunniosa. — 35. È irrilevante l'esito del processo a carico del calunniato. — 36. Coordinamento dell'azione civile per indegnità coll'azione penale per la calunnia. - 37. Terza causa d'indegnità. *Attentato alla libertà testamentaria*. In quanti modi può esplicarsi. — 38. *Costringimento* a far testamento. Modo in cui può esplicarsi e carattere che deve avere. — 39. Utilità di questa causa d'indegnità. — 40. S'incorre nella indegnità tuttochè la violenza sia stata esercitata a vantaggio di terzi. — 41. *Impedimento* a far testamento. Quando si verifichi. — 42. Occorre impedimento *doloso*. — 43. L'indegnità derivante dal frapposto impedimento non vulnera il titolo successorio rispetto ai terzi. — 44. L'autore dell'impedimento è ancora tenuto a risarcire i danni ai fraudati dell'atto impedito. — 45. Applicazione dei precedenti principii a chi costrinse od impedì di cangiare il testamento. — 46. Attentati al testamento già fatto. — 47. Concetto di *sopprimere, celare* ed *alterare*. - 48. Testamento *posteriore*. Ragione di tale espressione Interpretazione lata della legge. — 49. Utilità pratica di questa comminatoria d'indegnità. 50. La soppressione del testamento dev'essere dolosa. — 51. L'effettiva soppressione dolosa è necessaria, ma sufficiente. — 52. L'art. 725 è tassativo. - 53. Disposizioni speciali nei rapporti fra coniugi. — 54. Disposto dell'art. 128 Cod. civ. — 55. Effetti assoluti dell'indegnità. — 56. Ma non impedisce la successione per via mediata e la ritenzione dei beni avuti in donazione. — 57. Facoltà d'abilitare l'indegno a succedere. L'abilitazione dev'essere espressa. — 58. Deve farsi per testamento od atto autentico. — 59. In qual senso l'abilitazione debba farsi *espressamente*. — 60. *Quid* in caso di liberalità tra vivi a favore di chi si rese indegno. — 61. L'abilitazione è *irrevocabile* ed *individua*. — 62. Può essere concessa qualunque sia stata la causa dell'indegnità. Eccezione pel n. 4 dell'art. 725. — 63. L'abilitazione è facoltà personale al *de cujus*. — 64. Significato di *può essere ammesso a succedere*, nell'art. 726. — 65. L'indegno può essere favorito per via di persona interposta. Conseguenze. — 66. L'indegno è erede apparente. Conseguenze. — 67. Disposto dell'articolo 727. Osservazioni. — 68. Azioni competenti all'indegno. — 69. Eccezioni pel caso d'indegnità a seguito di soppressione di testamento. — 70. Disposto dell'art. 728.

**22.** Chi è chiamato a succedere ad una persona può rendersi verso di lei colpevole di fatti così niquitosi da riuscire assolutamente assurdo il supporre che, dopo tali fatti, possa perseverare a suo favore la volontà espressa o presunta di chi fu vittima; ragione e giustizia esigono che il colpevole sia considerato come *indegno di succedere* (1).

Il Codice francese, se riconosce e sancisce il principio che la grave nequizia del successibile nei rapporti col suo autore valga a privarlo dell'emolumento successorio, non fa però di tale nequizia un titolo di incapacità vera e propria, operativa *ipso iure*. Esso distingue a questo proposito fra la successione legittima e le disposizioni testamentarie.

L'erede legittimo, che si sia reso colpevole di speciali reati, dal Codice determinati, verso il suo prossimo congiunto, è bensì dichiarato indegno di succedere; ma questa indegnità, propriamente parlando, non lo priva del diritto di succedere, ma vale soltanto a ritogliergli, a risolvere il diritto ereditario che, colla morte del *de cuius*, si è in lui trasfuso.

In altri termini, l'indegnità costituisce piuttosto una pena accessoria e consequenziale alla condanna dell'erede pel reato commesso, che vera e propria sanzione della presunta volontà dell'estinto.

In caso poi di disposizione testamentaria, ove il legatario si sia reso colpevole verso il testatore di speciali demeriti, il Codice francese autorizza gli eredi a provocare la rivocazione della disposizione, che in difetto di tale instanza continua a sussistere, ed in ogni caso non si risolve che dal giorno della domanda.

Più rettamente, secondo il nostro Codice, l'indegnità, si tratti di successioni legittime o testamentarie, è titolo d'*incapacità* di succedere; in altri termini, il fatto che induce indegnità costituisce presunzione di mutamento — nell'autore della successione — della volontà, prima, per presunzione di legge o per espressa dichiarazione, favorevole a colui che di tal fatto si è reso colpevole. E veramente se, in tema di successioni legittime, criterio fondamentale della devoluzione ereditaria è la presunta volontà dell'estinto, questa presunzione di volontà non può più sussistere a favore di chi si rese colpevole di gravi trascorsi contro il defunto; laonde è più logico e ragionevole che la privazione dell'emolumento successorio avvenga a titolo d'incapacità che a titolo di pena accessoria della condanna del successibile pel commesso reato.

E che questo sistema meglio risponda ai postulati della coscienza morale si fa evidente nell'ipotesi in cui il successibile deceda nelle more del giudizio penale contro di lui istituito; perocchè, l'azione penale estinguendosi colla morte del reo, col sistema da noi combattuto il reo verrebbe a sfuggire alla declaratoria d'indegnità, e quindi conserverebbe e trasmetterebbe, insieme al restante suo patrimonio, quelle sostanze di cui si era reso immeritevole.

Per quello poi che ha tratto alle successioni testamentarie, dal momento che, come senza contrasto si riconosce, la facoltà di chiedere la rivocazione delle disposizioni testamentarie ordinate a vantaggio di chi ne divenne poscia indegno, poggia sulla presunta intenzione del testatore, meglio vale colpire senz'altro di caducità la disposizione, che subordinarla all'instanza che all'uopo venga proposta da chi vi ha interesse.

Si comprende che, in tema di rivocazione di donazioni per ingratitudine del donatario, la legge statuisca che alla rivocazione non possa farsi luogo che su espressa instanza del donante ed entro breve termine dal fatto che ne fu causa (2).

Da un lato, invero, la rivocazione d'una donazione importa attentato e sovversione di diritti già acquisiti, e quindi è naturale che la legge si mostri riguardosa e sollecita verso di essi; d'altro lato la rivocazione, una volta ottenuta, profitta allo stesso donante, e deve di conseguenza esser lasciato al costui arbitrio la scelta fra l'uso del proprio diritto od una generosa rinunzia al medesimo, ispirata alla nobiltà del perdono.

Invece, nell'ipotesi di successore testamentario divenuto indegno, non si tratta di spogliarlo di diritti già acquisiti, ma semplicemente d'impedire che li acquisti; non si tratta di coartare le possibili intenzioni di clemenza del dispositore, perchè se questi le avesse avute, poteva e doveva estrinsecarle sì e come la legge glie lo permetteva; non avendolo fatto, vuolsi ritenere che la sua volontà abbia definitivamente rivocato le disposizioni che aveva dettato a vantaggio dell'offensore, e quindi nulla osta, anzi tutto consiglia, a considerare le disposizioni stesse rivocate di diritto, od in altri termini l'indegno colpito di vera e propria incapacità di succedere (3).

(1) Cavallaro-Freni, op. cit., p. 79.

(2) Art. 1082 Cod. civ.

(3) L'influenza delle dottrine francesi ha indotto molti commentatori del Codice patrio a professare che, anco appo noi,

**23.** I fatti che, per la legge nostra, inducono indegnità di succedere, sono questi tre soltanto:

1° L'attentato alla vita del testatore;

2° L'attentato al suo onore;

3° L'attentato alla sua libertà testamentaria.

Confrontando i fatti induttivi dell'indegnità di succedere con quelli che autorizzano la rivocazione delle donazioni per ingratitudine del donatario, appare che questi ultimi sono assai più numerosi, inquantochè tale rivocazione può proporsi non solo nel caso in cui il donatario abbia attentato alla vita del donante, ma altresì quando siasi reso colpevole verso di lui di altro crimine, sevizie od ingiurie gravi, o se gli neghi indebitamente gli alimenti (1). Questo maggior rigore nei rapporti coi donatarii non potrà apparire incongruo, qualora si consideri che il donatario è persona *che ha già ricevuto un benefizio*, e quindi qualsiasi offesa alquanto grave di cui si renda colpevole verso il suo benefattore vale ad imprimergli l'odioso marchio dell'ingratitudine, ed a costituirlo immeritevole di conservare l'ottenuta liberalità; mentre il successibile è semplicemente chiamato ad un emolumento *futuro*, sempre ancora *revocabile*, ed il più spesso da lui *ignorato*; onde è ragione che non si pronunzi la sua decadenza dai diritti successorii se non di fronte a fatti d'una gravità eccezionale.

Esaminiamo ora partitamente i fatti che inducono indegnità di succedere.

**24.** 1° *Volontaria uccisione o tentativo d'uccisione della persona della cui successione si tratta.*

Come appare, e come già avemmo occasione di rilevare precedentemente, causa d'indegnità per la legge nostra è *il fatto* della volontaria uccisione, o il tentativo d'uccisione, e non già la *condanna* per tale reato. Quindi l'importantissima conseguenza che, secondo la legge nostra, l'indegnità si incorre e può essere dichiarata anche quando non potesse più aver luogo condanna penale contro l'omicida o per *morte* di questo, o per *prescrizione dell'azione penale*, o per *amnistia* (2).

Non può disconoscersi che questo sistema del nostro Codice può dar luogo a qualche inconveniente. Perciocchè, se il fatto per sè solo d'un omicidio consumato, od anche semplicemente tentato, è titolo d'indegnità, indipendentemente da successiva condanna penale, potrà talora un interessato trovarsi indotto, all'aprirsi d'una successione, a propalare qualche orribile eccesso ordito da tempo fra le domestiche pareti, e che la pietà dei congiunti aveva tenuto gelosamente sepolto nel mistero e nel segreto. Ma se ciò prova che l'imperfezione è compagna inseparabile d'ogni cosa umana, non è ancor ragione per condannare il sistema inaugurato dal nostro Codice. Da un lato, infatti, l'inconveniente sovraccennato si verificherà ben di raro; perchè se chi fu vittima d'un occulto attentato delittuoso s'induce al silenzio; se lungo lasso di tempo trascorre pacifico fra l'attentato e la morte dell'aggredito, sarà difficile che l'offeso non abbia corrisposto al delitto col perdono in quelle forme che, come vedremo più innanzi, valgono a cancellare l'indegnità.

D'altro lato, gli inconvenienti, già in precedenza segnalati, del sistema avversario sono di gran lunga maggiori e più gravi del nostro (3).

l'indegno succede bensì, ma incorre poi nella perdita della qualità ereditaria per effetto della pronunziata indegnità! V. Gianturco, op. cit., p. 60; Paoli, p. 186; Cavallaro-Freni, p. 10; Fulci, § XVIII; Buniva, *Succ.*, p. 48; Borsari, § 1560 e seg. Questo inesatto concetto si trova espresso anche dal Pisanelli nella sua relazione al Senato sul progetto di Codice civile, ov'è detto che: « L'incapacità generale impedisce che nasca il diritto di succedere, mentre quella derivante dalla indegnità ha per effetto d'impedirne la conservazione ». Vedi nel nostro senso: Ricci, III, n. 18 e Vitali, n. 1161 e seg.

(1) Art. 1081 Cod. civ.

(2) Gianturco, op. cit., p. 53 e seg.; Paoli, p 174; Cavallaro-Freni, p. 95 e seg.; Fulci, *Succ.*, § XIII; Ricci, III, n. 20; Buniva, *Succ.*, p. 35 e seg.; Borsari, § 1552; Vitali, n. 1071 e seg., 1079; Pacifici-Mazzoni, n. 85 e seg.

Per analoghe ragioni l'indegnità non cesserebbe quantunque al reo la pena venisse condonata per grazia sovrana o per indulto. Buniva, loc. cit., p. 39; Borsari, § 1551.

(3) Nel primitivo progetto di Codice albertino era dichiarato incapace, come indegno:

1° *Il condannato* per avere volontariamente ucciso o tentato di uccidere il testatore.

Il Senato di Piemonte opinava dovesse l'incapacità aver luogo sempre chè si provasse aver lui volontariamente *ucciso* o *tentato di uccidere* il testatore, ancorchè per la morte del reo, o per altra causa, non abbia potuto seguire la *condanna* di lui. Sarebbe infatti (soggiungeva il Senato) troppo dura ed enorme cosa che colui il quale non ebbe ribrezzo di lordarsi le mani con sì esecrando misfatto conseguisse ciò nullameno le sostanze della vittima sciagurata, cui egli immolò o tentò immolare alla sua rabbia o cupidigia, solo perchè la morte troncò il filo de' suoi giorni, prima che la giustizia potesse sottoporlo alla meritata condanna.

Il Senato perciò proponeva che, ad esempio eziandio del Codice di Parma, art. 627, si dicesse: *chi avrà ucciso o tentato d'uccidere*, ecc.

Rispondeva la Commissione di legislazione:

« Si è usata l'espressione: *Il condannato per aver volontariamente ucciso* ecc., onde meglio determinare i casi nei quali s'incorre la speciale incapacità della quale si tratta o per timore che ammettendosi incolpazioni di natura sì atroci fuori del caso di seguita condanna, si destassero nelle famiglie odii e dissensioni funeste. Sono queste le considerazioni che dettarono pure la conforme locuzione del primo alinea dell'art. 727 Codice francese. D'altronde questi casi non sono, per buona sorte, sì frequenti onde si debba prevedere anche il caso certamente assai più raro, a cui allude l'osservazione del Senato di Piemonte, dacchè ciò non potrebbesi fare senza dare all'articolo un'estensione che riuscirebbe, per gli accennati riflessi, troppo pericolosa ».

In occasione della discussione al Consiglio di Stato, si opinava da alcuni membri che dovesse mutarsi la parola *il condannato* con sostituirvi: *chi avrà volontariamente ucciso* ecc. siccome già aveva proposto il Senato di Piemonte. Osservavasi in proposito che l'esclusione per causa d'indegnità deve aver luogo non solamente nel caso in cui l'erede sia stato condannato, ma anche quando, non avendo potuto seguire la condanna, o per la morte d'esso, o per altra causa, fosse data la prova che egli ha volontariamente ucciso, o tentato di uccidere il testatore. — La Commissione rispose al Senato di Piemonte che l'ammettere incolpazioni di natura così atroce fuori del caso di seguita condanna potrebbe destare odii e dissensioni funeste nelle famiglie; ma si crede che debba prevalere su tale considerazione quella della pubblica moralità, che sarebbe gravemente offesa a veder passare l'eredità dell'ucciso nelle mani dell'uccisore. Si aggiunge, che taluno sapendo di essere istituito erede in un testamento e venendo a sua notizia che il testatore abbia intenzione di rivocarlo, potrebbe essere spinto dall'interesse a dargli la morte, sperando di tener celato il delitto, e, vedendosi poi scoperto, commettesse ancora un suicidio, nel qual caso non potendo più aver luogo la condanna, il suicidio dell'uccisore avrebbe l'effetto legale di far passare ai suoi eredi l'eredità dell'ucciso, che, senza questo suicidio, non avrebbe potuto esser trasmessa. — E, senza ricorrere al caso più raro del suicidio, potrebbe succedere che l'uccisore morisse naturalmente, prima d'essere condannato, passando anche allora l'eredità dell'ucciso agli eredi dell'uccisore. La legge avrebbe così l'effetto di creare un interesse per gli eredi dell'uccisore nella pronta morte di costui.

Il Relatore riconosceva la gravità delle considerazioni esposte, ma osservava che, fino a tanto che taluno non è dichiarato colpevole con una sentenza, deve presumersi innocente; nè si

**25.** Se sia in corso l'azione penale per il commesso omicidio, crediamo che l'instanza per la declaratoria d'indegnità possa proporsi congiuntamente, cioè innanzi allo stesso giudice e nel tempo stesso dell'esercizio dell'azione penale.

Ciò permette la legge in termini espliciti, per l'ipotesi in cui si voglia esercitare l'azione civile pel rifacimento dei danni derivati dal reato (1). Nel caso nostro, benchè il reato commesso sia invocato non come titolo ad un risarcimento di danni, ma come causa di decadenza da speciali diritti per parte di chi se ne rese colpevole, crediamo che il cennato disposto sia pur sempre applicabile, ricorrendo anche qui la ragione della legge, ispirata all'economia dei giudizi, ed intesa a procurare che con una sola e stessa sentenza possa essere statuito, come sulle conseguenze penali, così sugli effetti civili del commesso reato (2).

Analogamente, a quella guisa che l'azione civile, propriamente detta, derivante da reato, non può esercitarsi davanti al giudice civile finchè non siasi pronunziato definitivamente sull'azione penale intentata prima dell'azione civile o durante l'esercizio di essa (3); e che se la causa civile sia previamente iniziata, il magistrato che ne è investito deve informarne il pubblico ministero, il quale promuoverà, ove occorra, l'azione penale, rimanendo intanto sospesa la causa civile (4); alle stesse norme dovrà assoggettarsi l'azione che si volesse proporre per la declaratoria d'indegnità a seguito di commesso omicidio, ricorrendo anche qui la ragione della legge, che mira ad impedire un eventuale conflitto tra il giudicato civile ed il penale, e vuole assicurata la prevalenza di quest'ultimo.

Per queste ragioni istesse, l'azione per declaratoria d'indegnità non sarebbe più proponibile quando con sentenza penale divenuta irrevocabile fosse stato dichiarato non farsi luogo a procedimento, inquantochè constasse non essere avvenuto l'omicidio od il successibile fosse stato assolto, perchè risultasse non aver egli commesso il reato, nè avervi avuto parte (5).

**26.** La legge colpisce d'indegnità chi avesse volontariamente ucciso la persona che lo chiamava a succedergli. Quindi la *volontarietà* dell'uccisione è requisito *necessario*, ma *bastevole* per indurre l'indegnità. Di conseguenza, non incorrerà nell'indegnità chi abbia ucciso tale persona in caso d'incolpevole difesa, o in obbedienza alla legge o alla legittima autorità (6).

Lo stesso sarà a dirsi se la morte sia stata inferta per mero accidente, od anche per negligenza od imprudenza, o se siasi agito senza discernimento per difetto di età o per alienazione di mente (7). Così pure non sarà indegno il reo d'omicidio *preterintenzionale*, di quell'omicidio, cioè, che *non fu preveduto*, sebbene prevedibile, da chi aveva solo intenzione di ferire o percuotere (8).

**27.** Ma per altra parte sarà causa d'indegnità anche

---

può derogare al principio di non pronunziare una condanna contro chi non è più in vita. Temeva inoltre che non fosse prudente di dare luogo ad un'azione, in cui si dovrebbero provare fatti rimasti segreti, e che verrebbero a compromettere l'onore e la quiete delle famiglie. Esponeva poi che nella Sezione (di Grazia e Giustizia) si era anche eccitato il dubbio che si collegherebbe in parte colla questione attuale, che cioè, nel caso in cui l'uccisore fosse condannato in contumacia e venisse a morire nei cinque anni dalla pubblicazione della sentenza, egli trasmetta o non, a' suoi eredi l'eredità dell'ucciso, attesa la disposizione contenuta nel titolo: *Dei diritti civili*, per cui si dichiara che il condannato in contumacia, morto nel suddetto intervallo, conserva l'integrità de' suoi diritti. Soggiunge poi che tale questione consistendo nel punto, se l'indegnità possa essere opposta ai successori dell'indegno, vi sarà luogo a discuterla nell'esame d'uno degli articoli susseguenti.

Il Guardasigilli disse che quando l'uccisore è morto senza che sia seguita la condanna, sarebbe giusto per sè di ammettere gli eredi legittimi dell'ucciso a provare il delitto commesso, ma vi osta la considerazione di non procedere criminalmente contro chi è deceduto.

Credettesi da un membro, che anche dopo la morte dell'inquisito, debba ammettersi l'azione per danni ed interessi in via civile, e, se è ammessa per danni, non vede perchè non possa ammettersi l'azione, parimenti in via civile, per provare che l'erede istituito nel testamento ha ucciso, o tentato d'uccidere il testatore, e si è quindi reso indegno dell'eredità.

Venne poi osservato che nel titolo: *Dei diritti civili*, si è stabilito pel caso in cui il condannato in contumacia muoia nei cinque anni dalla pubblicazione della sentenza, che la sentenza contumaciale si avrà bensì per annullata quanto alle condanne penali, ma, in ciò che riguarda il risarcimento dei danni ed interessi verso la parte offesa, si osserverà il disposto delle leggi sulla procedura criminale. Fu con ciò ammesso implicitamente il principio che, anche dopo la morte di questo condannato in contumacia, si può agire per danni ed interessi dovuti alla parte lesa. Conseguentemente, nel modo stesso in cui per questa contestazione sui danni derivanti dal delitto si faranno prove in via civile ed i Tribunali aggiudicheranno i danni quando il delitto sia provato, si potrà parimenti provare in via civile che l'erede istituito nel testamento ha ucciso il testatore e deve perciò essere escluso dall'eredità.

Il Guardasigilli disse che se, dopo la morte di chi ha commesso il delitto si ammette l'azione pei danni ed interessi, deve anche essere ammessa l'azione degli eredi legittimi dell'ucciso per far dichiarare l'indegnità e per conseguenza l'incapacità dell'uccisore a ricevere per testamento, poichè, se l'azione non è perenta pei danni, non deve essere perenta neppure per l'indegnità.

Si osservò da un membro che nel delitto di falso si può certamente provare la falsità della scrittura anche dopo la morte dell'autore della falsità e non vedersi quindi che vi sia ostacolo a provare il delitto commesso dall'erede anche dopo ch'egli è deceduto, per effetto di farlo dichiarare indegno di succedere al testatore; d'altronde non potersi ammettere che l'eredità dell'ucciso abbia a passare agli eredi dell'uccisore, ripugnando ciò evidentemente alla pubblica morale.

A seguito di queste osservazioni la locuzione dell'articolo fu modificata nel senso di dichiarare indegno *chi avrà volontariamente ucciso o tentato d'uccidere* ecc. (art. 709, n. 1, Cod. civ. albert.), locuzione che fu poi trasfusa nel vigente Codice italiano (V. *Motivi del Codice civile albertino*, vol. II, p. 34 e seg.). V. anche verbale n. 28, § V, della Comm. coord. del Cod. civ. ital.

(1) Art. 4 Cod. proc. pen.

(2) Gianturco, op. cit., p. 53; Pacifici-Mazzoni, n. 86.

(3) Art. 4 capov. Cod. proc. pen.

(4) Art. 31 Cod. cit. Quattrofrati, monogr. nell'*Arch. Giur.*, V, p. 618; Fulci, § XIII; Ricci, III, n. 20; Borsari, § 1552.

(5) Arg. art. 6 Cod. proc. pen. Vitali, n. 1077.

(6) Vitali, op. cit., n. 1052, 1053.

(7) Gianturco, op. cit., p. 52; Paoli, p. 173; Cavallaro-Freni, p. 90; Fulci, *Succ.*, § XIII; Ricci, n. 19; Buniva, op. cit., p. 36; Borsari, § 1551; Vitali, *Succ. test.*, II, n. 1050, 1057; Pacifici-Mazzoni, n. 81.

Basta che l'alienazione di mente fosse anche temporaria. Nessun dubbio se si tratti di ubbriachezza accidentale, poichè il Codice penale in tal caso esclude assolutamente l'imputabilità (art. 48). Che se si tratti di ubbriachezza volontaria, se è vero che in tal caso il Codice penale diminuisce semplicemente l'imputabilità (cit. art. 48), ciò, a nostro avviso, deriva da che l'ubbriachezza volontaria in cui si trovasse chi commise un fatto riprovevole, non esclude, anzi implica una colpa; e questa basta sopratutto in tema d'omicidio, agli effetti della imputabilità penale; ma non agli effetti dell'indegnità, che richiede *volontarietà* del fatto. V. però Vitali, op. cit., p. 1051.

(8) La questione si presentava più discutibile di fronte al cessato Codice penale sardo, che all'art. 541 pareggiava, in ordine alla pena, l'omicidio preterintenzionale al volontario, quando la morte seguisse entro i quaranta giorni. V. in vario senso: Sorrentino, *Se l'omicidio ultra-finem costituisca causa d'indegnità pel Codice civile italiano*, Messina 1873; Fulci, *Succ.*, § XIII; Borsari, § 1550. Il dubbio non è più possibile

l'omicidio *scusabile*, come quello commesso dal coniuge sulla persona dell'altro coniuge sorpreso in flagrante adulterio (1); perciocchè l'essere scusabile non gli toglie il carattere di volontario (2). Dicasi lo stesso dell'omicidio commesso in duello, quando l'intenzione dei duellanti fosse realmente quella di battersi all'ultimo sangue. Sia pure che il duello, anzichè delitto contro la persona, sia dalla legge ravvisato quale delitto contro l'amministrazione della giustizia, inquantochè cotale barbara ed assurda usanza abbia di mira la riparazione, mediante privato combattimento, dell'onore individuale offeso. Sarà sempre vero che quando sia stato espressamente convenuto, o risulti dalla specie del duello, o dalla distanza fra i combattenti, o dalle altre condizioni stabilite, che uno dei duellanti dovesse rimanere ucciso, l'autore della morte è reo di volontaria uccisione, tant'è che il Codice penale pareggia questo caso a quello dell'ordinario omicidio (3).

**28.** Nulla importa poi che l'omicidio sia stato commesso con mezzi negativi (come sarebbe la privazione degli alimenti) anzichè con mezzi positivi, o per mezzo di mandatario anzichè direttamente, od in qualità di complice anzichè di autore principale (4).

**29.** Ad indurre l'indegnità non occorre che l'omicidio sia stato consumato; basta che sia stato tentato, vale a dire che se ne sia cominciata con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla volontà del reo non si sia potuto giungere alla completa perpetrazione del misfatto (5).

**30.** Il solo attentato *alla vita* è dalla legge ritenuto causa d'indegnità; quindi tale non sarebbe il semplice attentato all'*integrità personale*, per via di ferite, percosse e simili, quand'anche, secondochè già vedemmo, queste avessero per conseguenza la morte del leso.

**31.** 2° *Accusa calunniosa di reato punibile con pena criminale.*

Dopo l'attentato alla vita, la legge contempla l'attentato *all'onore* della persona della cui successione si tratta, quale causa produttiva d'indegnità. È incapace come indegno, dice l'art. 725, n. 2 del Cod. civ., *chi avesse accusata la persona della cui successione si tratta, di reato punibile con pena criminale, quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio.*

La parola *accusare* è qui assunta in senso improprio, dappoichè essa non è presa nel senso strettamente legale di *sostenere in giudizio l'uffizio di accusatore*, perciocchè, presso di noi, accusatori in questo senso sono soltanto gli ufficiali del Ministero Pubblico; non è presa neppure nell'ampio senso volgare d'*imputare a taluno un reato o a voce o in iscritto;* ma è presa nel senso improprio di *promuovere la condanna penale d'una persona per un determinato reato* (6).

Di conseguenza, noi crediamo che agli effetti dell'articolo che esaminiamo, dovrebbe dirsi reo d'accusa calunniosa:

1° Chi avesse presentato all'autorità giudiziaria, o ad un competente ufficiale pubblico, denunzia o querela di reato, a carico di persona che egli sa essere innocente.

Su questo punto non v'ha contrasto di sorta fra gli scrittori; si sostiene però da parecchi di essi che questo caso sia l'unico contemplato dalla disposizione in disamina. Non dimentichiamo certamente che versiamo in tema di diritto singolare, che rifugge da ogni interpretazione estensiva; ma non possiamo altresì dimenticare che ci troviamo di fronte ad una locuzione impropria della legge, stante la quale è necessità adottare una interpretazione, che senza dare al testo della legge una portata maggiore di quella che la sua formola consenta, non attribuisca al legislatore concetti incompleti od incongrui. Ciò posto, noi riteniamo che cada altresì sotto il disposto in disamina:

2° Chi si fosse reso colpevole di calunnia reale, vale a dire avesse simulato, a carico dell'autore della successione, le tracce o gli indizi materiali di un reato di cui sapeva esser egli innocente. Di vero, la legge pone sulla stessa linea e contempla come i due modi nei quali può prodursi e commettersi la calunnia, la denunzia o querela, e la simulazione materiale; non vi sarebbe quindi motivo di distinguere tra l'uno e l'altro agli effetti dell'indegnità; tanto più che, come fu rettamente osservato, " se è maggiore l'*audacia* nel calunniatore, che a fronte scoperta si presenta al giudice per incolpare un innocente, è maggiore la *perfidia* in chi, fingendo nelle tenebre le tracce della reità, intende allo stesso scopo, avendo però maggiore probabilità di rimanere impunito " (7).

3° Chi nel giudizio penale a carico dell'autore della successione abbia scientemente deposto il falso a suo danno. E di vero, il fatto di chi con calunniosa denunzia, verbale o reale, imputi altrui un reato del quale è innocente, è bensì altamente riprovevole e meritamente punito; ma esso al postutto non fa che dare un falso indirizzo al corso della giustizia, ed ove l'opera del magistrato inquirente sia oculata e sagace, bene spesso può riuscire non malagevole il riconoscere l'errore, ricondurre l'istruttoria sul retto sentiero e proclamare l'incolpevolezza di chi fu perfidamente accusato. Ma chi attribuisce altrui calunniosamente un misfatto in veste di testimonio, abusa della santità del giuramento sotto il cui vincolo fu chiamato a deporre, inquina le fonti dirette ed esclusive a cui la religione del giudicante deve attingere la propria convinzione e procura quindi in modo più immediato ed efficace ancora la condanna di un innocente (8).

**32.** Non però qualunque accusa calunniosa in una delle forme testè enunciate è bastevole a far incorrere nell'in-

sotto l'impero del Codice penale vigente che punisce con pena minore di quella per l'omicidio *chi, con atti diretti a commettere una lesione personale, cagiona la morte di alcuno* (art. 368). Vitali, op. cit., n. 1063. V. però Gianturco, op. e loco cit.

(1) Art. 377 Cod. pen.

(2) Paoli, loc. cit.; Cavallaro-Freni, pag. 91 e seg.; Fulci, loc. cit.; Ricci, loc. cit.; Buniva, loc. cit.; Borsari, § 1549; Vitali, op. cit., n. 1055 e seg., 1066; Pacifici-Mazzoni, n. 51.

(3) Art. 243, n. 4 Cod. pen.; Gianturco, loc. cit.; Buniva, p. 38; Borsari, loc. cit.; Vitali, n. 1067; Pacifici-Mazzoni, n. 83.

(4) Ricci, loc. cit.; Vitali, n. 1068, 1069; Pacifici-Mazzoni n. 80.

(5) Arg. art. 61 Cod. pen.; Paoli, p. 174; Buniva, p. 38; Vitali, op. cit., n. 1058, 1061. Se il colpevole avesse compiuto tutto ciò che è necessario alla consumazione dell'omicidio e questo non fosse accaduto per circostanze indipendenti dalla sua volontà, si avrebbe la figura dell'omicidio *mancato*, induttiva, a più forte ragione dell'omicidio tentato, della incapacità per indegnità. V. art. 62 Cod. penale e Vitali, n. 1059.

(6) Gianturco, op. cit., p. 54; Paoli, p. 177; Cavallaro-Freni, p. 100; Buniva op. cit, p. 39; Borsari, § 1553; Vitali, n. 1084.

La Commissione coordinatrice del Codice civile, in sua seduta delli 11 maggio 1865 esplicitamente avvertiva che « alle parole — *chi la avesse accusata*, ecc. — che si leggono nel n. 2 dell'art. 725 non si deve dare il senso strettamente legale secondo il quale lo stato d'accusa non è altro che quello dell'imputato rinviato davanti alla Corte d'assise in esecuzione d'una sentenza della sezione d'accusa, ma vi si debba invece attribuire il senso che ha quella parola nel linguaggio comune, di guisachè il suddetto n. 2 debba intendersi come se dicesse — *chi avesse* FATTA DENUNZIA O DATA QUERELA *contro la persona*, ecc. ».

(7) Paoli, *Succ.*, n. 165. V. pure Gianturco, op. cit., p. 54 e seg.; Vitali, n. 1085.

(8) Gianturco, op. cit., p. 56; Cavallaro-Freni, p. 105; Pacifici-Mazzoni, n. 93. In senso contr.: Ricci, n. 21; Borsari, § 1553; Vitali, n. 1088.

degnità; occorre che il reato imputato sia *punibile con pena criminale*. Questa locuzione del Codice civile si riferisce al sistema del Codice penale vigente al tempo della sua promulgazione, che distingueva le pene in *criminali, correzionali* e di *polizia*. Adottatasi dal nuovo Codice penale un'altra classificazione delle pene, la relativa legge transitoria 1 dicembre 1889 ha statuito (art. 20) che in tutti i casi e per gli effetti per i quali le leggi parlano di pene criminali, devono considerarsi come corrispondenti alle medesime le pene *dell'ergastolo, dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici e quelle della reclusione e della detenzione per un tempo non inferiore nel minimo ai tre anni*.

Quindi, sotto l'impero del vigente Codice penale, ad indurre indegnità a succedere, occorrerà l'accusa calunniosa di reato punibile con una delle pene testè indicate (1).

**33.** La punibilità, di cui qui si parla, è la *punibilità astratta;* cosicchè il falso accusatore ha da reputarsi indegno, quand'anco il delitto, ch'egli denunciò in pregiudizio dell'innocente, non potesse *in concreto* essere colpito di pena, o per amnistia, o per prescrizione, o per qualsivoglia altra cagione, per la quale l'azione penale fosse abolita; e così pure quand'anco, avuto riguardo a speciali circostanze di fatto, l'imputato venisse condannato a pena minore di quella a cui il titolo astratto del reato lo avrebbe esposto (2).

**34.** L'accusa, a produrre l'indegnità, dev'essere *calunniosa*, cioè mossa colla consapevolezza dell'innocenza dell'imputato; non sarà quindi causa d'indegnità l'accusa *vera*. Certo potrà l'accusa, per quanto vera (specialmente laddove l'accusatore e l'accusato siano congiunti) sollevare il disgusto nell'animo degli onesti ed essere contraria alla carità del sangue ed alla pietà dei domestici affetti; ma un supremo interesse di sicurezza sociale impediva alla legge di punire colla esclusione dalla eredità del colpevole chi, denunziandolo alla giustizia penale, gli abbia fatto applicare il meritato castigo (3).

**35.** Del resto, se è necessaria l'accusa calunniosa della gravità sovra indicata per costituire indegnità a succedere, essa è pure bastevole (4); in ispecie, a nulla rileva che il processo a carico del calunniato termini colla costui condanna od invece coll'assolutoria, oppure che l'azione penale rimanga troncata per decesso dell'imputato o per costui ritrattazione (5).

**36.** Se all'aprirsi della successione del calunniato abbia pure già avuto luogo il processo di calunnia colla condanna dell'accusatore, la costui indegnità risulterà senz'altro pienamente provata. In caso contrario, l'interessato alla declaratoria d'indegnità dovrà anzitutto promuovere la relativa azione penale, per la già avvertita prevalenza dell'azione penale sulla civile. Ed ove l'azione penale, o per prescrizione, o per essere nel frattempo il calunniatore venuto a morte, o per altra causa, non possa giungere a compimento, la constatazione della calunnia, agli effetti dell'indegnità, potrà congruamente esser fatta in sede civile. Per vero, analogamente a quanto avvertimmo in tema d'omicidio, titolo d'indegnità non è *la condanna penale* per calunnia, ma *il fatto* d'aver mosso una accusa calunniosa, laonde sempre quando il fatto venga debitamente accertato, il colpevole non può sfuggire all'indegnità. Se la legge, a che s'incorra l'indegnità, richiede che l'*accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio*, con ciò ha inteso significare unicamente che la calunnia doveva constare per solenne ed esplicita dichiarazione giudiziale, e non mai per via di semplici argomentazioni e congetture, ma accennando a *giudizio* in modo generico ha inteso riferirsi a quello penale od a quello civile, secondo la varietà delle contingenze, nè avrebbe potuto riferirsi esclusivamente a quello penale senza alterare le basi e l'organismo dell'istituto dell'indegnità quale fu dal nostro legislatore inteso attuare (6).

**37.** 3° *Attentato alla libertà testamentaria di colui della cui successione si tratta.*

La terza causa produttiva dell'indegnità di succedere è l'attentato alla libertà di disporre per testamento dei proprii beni; attentato che può esercitarsi in quattro forme diverse:

*a*) *Costringendo* a fare testamento chi non avrebbe intenzione di farlo;

*b*) *Impedendo* di far testamento chi vorrebbe farlo;

*c*) *Costringendo a cangiare od impedendo di revocare* il testamento già fatto;

*d*) *Sopprimendo, celando od alterando* l'altrui testamento.

**38.** *Costringere* a fare testamento è ottenerne l'attuazione contro la libera volontà di colui che vi addiviene. Ciò accade indubbiamente quando si usa violenza materiale; ma ciò accade altresì quando a raggiungere l'intento si adoperi dolo o frode, poichè chi si avvale di questo mezzo di coazione rivela una malvagità più consumata ancora e deve quindi esser dichiarato incapace, come indegno, a maggior titolo che non colui il quale adoperi la sola violenza (7).

Ma la violenza od il dolo adoperato per indurre indegnità a succedere debbono avere la gravità che è necessaria per render nulli gli atti giuridici (8).

**39.** Si potrebbe però qui osservare: il testamento fatto sotto l'impero della violenza o del dolo è già di sua natura nullo, e come tale non può profittarne chi lo ha estorto; qual bisogno eravi quindi ancora di dichiarare costui indegno di succedere?

La risposta è pronta: se non esistesse questo titolo di indegnità, il violentatore che fosse già stato contemplato in un precedente testamento valido o che fosse fra i successibili legittimi della persona violentata, conserverebbe i diritti derivantigli dal testamento anteriore o dalla legge. Invece l'indegnità incorsa lo esclude *in modo assoluto* dal succedere (9).

È poi superfluo l'avvertire essere indifferente che la

(1) Gianturco, op. cit., p. 55; Vitali, n. 1092.

(2) Gianturco, op. cit.; Paoli, p. 179; Borsari, § 1555.

(3) Gianturco, op. cit., p. 55; Paoli, p. 178; Pacifici-Mazzoni, n. 90.

(4) Pacifici-Mazzoni, n. 89.

(5) Difatti la ritrattazione importa soltanto diminuzione di pena pel calunniatore. V. Cod. pen., art. 213. V. però in senso contr. Cavallaro-Freni, p. 104; Gianturco, p. 55. Diversamente però sarebbe a dirsi trattandosi di falsa testimonianza in giudizio, che, se tempestivamente ritrattata, esime da pena. Art. 216 Cod. pen.

(6) In questo senso: Paoli, p. 187; Cavallaro-Freni, p. 102 e seg.; Fulci, § XIV; Borsari, § 1555; Vitali, n. 1097; Pacifici-Mazzoni, n. 92. In senso contr.: Gianturco, op. cit., p. 55 e seg.; Ricci, n. 21; Buniva, p. 40.

(7) Il Codice albertino all'art. 709, n. 5 pareggiava in termini espliciti, all'effetto dell'indegnità, chi avesse costretto e chi avesse indotto alcuno con dolo a far testamento. In questo senso: Torino, 24 gennaio 1883, Gallone-Gallone (*Giur*. Torino 1883, p. 430); Ricci, n. 23; Buniva, p. 41; Borsari, § 1556; Vitali, n. 1103. Vedi però stessa Corte, 11 giugno 1892, Oggero-Pollini (*Giur*. Torino, 1892, p. 709) e Cassazione Roma, 25 marzo 1887, Bracetti-Zeppilli (*Legge*, 1888, I, 364). V. pure in senso contr. Gianturco, op. cit., p. 56 e seg.

(8) V. App. Cagliari, 22 aprile 1872, Atzeni-Dessì (*Giur*. it., XXIV, 2, 249). Vedi però Ricci, n. 22 e Pacifici-Mazzoni, n. 94.

(9) Gianturco, op. cit., p. 57; Paoli, p. 182, nota 1; Ricci, n. 22.

violenza venga esercitata direttamente o per mezzo di mandatario (1).

**40.** Del resto l'indegnità s'incorrerebbe anche nel caso in cui la coazione fosse stata adoperata allo scopo di vantaggiare una terza persona.

**41.** Se grave è il misfatto di colui che *costringe* taluno a porre in essere un testamento che non costituisce l'espressione spontanea e genuina della sua volontà, non meno riprovevole è l'operato di colui che *impedisce* ad altri di esternare nelle debite forme le estreme disposizioni che avrebbe in animo.

Occorre però si tratti d'un vero e proprio impedimento frapposto; laonde per incorrere sotto questo rispetto nell'indegnità non basterebbe l'aver distolto taluno con persuasioni o blandizie dal fare testamento; bisogna avergli opposto un ostacolo tale da rendere impossibile ad una persona l'attuazione della di lei decisa volontà di addivenire al testamento (2).

È per altra parte indifferente che l'impedimento si sia frapposto mediante atti positivi — come sarebbe il rinviare il notaio venuto per ricevere il testamento — o mediante una resistenza meramente passiva, come sarebbe il non ottemperare agli ordini del testatore di chiamare un notaio (3).

**42.** Però l'avere frapposto un *reale impedimento* alla manifestazione delle estreme volontà non basta ancora a far incorrere nell'indegnità; lo spirito della legge esige evidentemente che si tratti di un impedimento *doloso;* se giusto e ragionevole, l'indegnità non avrebbe luogo (4).

**43.** L'indegnità derivante dal frapposto impedimento non colpisce se non colui che ne fu l'autore; il titolo successorio che venne mantenuto in vigore nonostante il volere della persona della cui successione si tratta, conserva efficacia a favore delle altre persone da esso contemplate e che rimasero estranee all'impedimento. Perciocchè quantunque costoro vengano in definitiva a risentire vantaggio dal fatto delittuoso di colui che impedì si togliesse forza a quel titolo successorio, sta pur sempre vero ch'essi non furono partecipi di tal fatto e che una volontà non manifestata nelle forme legali non può *civilmente* invalidare un titolo successorio legalmente esistente (5).

**44.** Per altra parte, l'autore dell'impedimento, oltre all'incorrere nella indegnità, è tenuto a risarcire il danno a coloro che avrebbero risentito vantaggio dall'atto impedito.

**45.** Le osservazioni svolte a proposito di chi abbia *costretto* od *impedito* taluno *di far testamento* sono applicabili a chi lo abbia *costretto* od *impedito di cangiarlo*.

**46.** Oltrechè mediante attentato contro la persona del testatore, la libertà testamentaria può offendersi mediante attentato contro il testamento già fatto. Laonde la legge dichiara pure indegno di succedere chi abbia *soppresso, celato* od *alterato* il testamento della persona della cui successione si tratta.

**47.** *Sopprimere* è distruggere; *celare* è sottrarre alle ricerche di chi vi ha interesse; *alterare* è arrecare qualche modificazione, sia di poca che di molta importanza, al testo genuino delle ultime volontà.

Che se anche una semplice parziale alterazione basta a far incorrere nell'indegnità, *a fortiori* deve dirsi indegno chi avesse foggiato un testamento *integralmente apocrifo* e tentato in base al medesimo d'immettersi al possesso dell'eredità (6).

**48.** Il testo della legge dichiara indegno chi avesse soppresso, celato od alterato il testamento *posteriore.* E siccome un testamento posteriore ne suppone necessariamente uno anteriore, così, stando rigorosamente alla lettera della legge, ne verrebbe che l'erede legittimo il quale celasse, alterasse o sopprimesse l'*unico* testamento dettato dal suo parente, non incorrerebbe nell'indegnità. Ora ciò evidentemente non volle la legge; l'inesattezza dell'espressione deriva dall'essersi riprodotto l'art. 709 del Codice albertino, il quale si trovava sotto il titolo delle successioni testamentarie, ed evidentemente un successore *testamentario* non può incorrere nell'indegnità per attentato a testamento, fuorchè relativamente ad un testamento *posteriore* a quello in cui è stato istituito: mentre nel nostro Codice si tratta cumulativamente dell'indegnità a succedere che s'incorra tanto da chi è chiamato per legge, che da chi è chiamato per testamento (7).

D'altra parte, quando la legge colpisce d'indegnità chi attenta al testamento *posteriore*, suppone quello che *frequentius contingit*, vale a dire che il testamento posteriore abbia *abrogato* l'anteriore, ma se, come non è difficile ad avvenire, taluno morisse con due o più testamenti tutti validi in quanto coll'uno avesse disposto di una parte e coll'altro del restante della sua sostanza, non v'ha dubbio che s'incorrerebbe nella indegnità non solo attentando all'ultimo in data, ma anche all'*anteriore.*

**49.** Senonchè, potrebbe osservarsi, la comminatoria dell'indegnità per questo titolo, non è forse superflua? Provato il contenuto del testamento soppresso, messo in luce il testamento celato, corretto il testamento alterato, l'autore dell'attentato non rimane forse per la natura stessa delle cose escluso dalla successione, inquantochè il testamento, che chiama altri in sua vece, viene a sortire la sua piena efficacia?

No, rispondiamo; il n. 4 dell'art. 725 non rimane per questo lettera morta; dappoichè potrebbe darsi che nel testamento stesso soppresso, celato od alterato, si contenesse qualche liberalità a favore del distruttore; potrebbe

---

(1) Fabro, Cod. VI, 15, 2.

(2) Casale, 8 marzo 1860, Scovazzi-Brema (*Giur. it.*, XII, 2, 142); Buniva, p. 41; Pacifici-Mazzoni, n. 94; Vitali, n. 1116 e seg. Così già il diritto romano: « Virum, qui non per vim, nec dolum, quominus uxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri adsolet, offensam negrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei, quod testamento fuerat datum, auferendum » (L. 3, Dig. *Si quis aliq.*). La incapacità che deriva da impedita revoca del testamento non si verifica nel caso di semplice rifiuto di restituire la scheda testamentaria avuta in deposito. App. Firenze, 16 luglio 1877, Kennedy Lewrie-Papi (*Giur. it.*, XXIX, 2, 958).

(3) Suppongasi, ad es., che un infermo abbia mandato pel notaio onde fare il suo testamento, e che la consorte od il figlio dell'ammalato, *per ottemperare agli ordini del medico*, che abbia prescritto assoluta quiete e silenzio, si rifiutino di lasciar entrare il notaio. V. Pastore, *Comm. al Cod. albertino*, V, p. 172.

(4) Vitali, n. 1105. Cass. Torino, 29 aprile 1857, Manero-Manero (*Giur. it.*, IX, 1, 436). Cons. pure Torino, 4 aprile 1870, Bario c. Bottero-Navizzano (*Giur. it.*, XXI, 2, 251) e Cagliari, 22 aprile 1872, Atzeni-Dessi (*Giur. it.*, XXIV, 2, 249).

(5) In senso contr. vedi una dotta scrittura negli *Annali di Giur.* di Torino, III, p. 500.

(6) Pacifici-Mazzoni, n. 96. Avvertasi però che altro è *alterazione* ed altro *inesecuzione* del testamento. Crediamo pertanto che a buon diritto la Corte Suprema di Palermo, in sua decisione del 28 marzo 1895, Polltini-Refergiato (*Foro it.*, XX, I, 728) abbia ritenuto non potersi ritenere escluso dall'eredità intestata, quasi avesse alterato il testamento del suo autore, il successibile legittimo che non si fosse curato d'adempire la condizione sotto la quale il suo prossimo congiunto lo chiamava erede.

(7) Gianturco, op. cit., p. 57; Ricci, n. 23.

pure darsi che il testamento in questione non abrogasse intieramente l'anteriore titolo successorio favorevole al distruttore; potrebbe darsi infine, che i chiamati col testamento rinunciassero all'eredità od al legato. In tutti questi casi si fa manifesta l'utilità e la convenienza della comminatoria d'indegnità che esclude in modo assoluto il violatore del testamento dal succedere.

**50.** Ma benchè la legge espressamente nol dica, noi crediamo presupposto evidentemente dal suo spirito che acciò l'attentato al testamento induca indegnità occorre ch'esso sia stato determinato da doloso proposito per parte di chi vi è addivenuto. Se nell'intendimento nulla vi fosse di niquitoso, e tanto più poi, se s'inspirasse a generosità, sarebbe assurdo pareggiare il fatto, nel suo carattere e nei suoi effetti, a quello che avesse per mira un fraudolento lucro. Pongasi che il primogenito di tre fratelli, aprendo, alla morte del padre, l'olografo di cui questi l'avesse fatto confidenziale depositario, vi si trovi istituito nell'intiera disponibile e che per evitare i dissapori in famiglia od anche per uno spirito di nobile disinteresse decida di tenere occulto il testamento paterno e lasci così che l'eredità si devolva a tenor di legge, come se il genitore fosse deceduto intestato. Forsechè, venendo un giorno alla luce il testamento, il fratello che lo nascose, in premio della sua abnegazione, potrà correre pericolo di vedersi dichiarato indegno di succedere, e privato così anche di quella quota che quale erede legittimo venne a conseguire? Sarebbe assurdo il solo pensarlo. Con ciò noi non intendiamo approvare il sistema di soppressione od occultazione delle estreme volontà dei defunti per quanto possa essere plausibile il movente che abbia presieduto al fatto. La pubblicazione delle tavole testamentarie è stretto obbligo e dovere di chi le detiene, perchè tale pubblicazione ha tratto non solo al privato, ma anche al generale interesse, nè può esser in facoltà dei superstiti di sopprimerle, quando pure ciò venga fatto all'infuori d'ogni proposito disonesto ed anche con generosità d'intenti. Lecito a chi è favorito dal testamento di rinunziare al devolutogli emolumento; ma non lecito, per raggiungere questo scopo, di togliere senz'altro, di mezzo, le tavole testamentarie, d'impedire che riesca nota la volontà dal morente manifestata. Altro è però, che questo modo di procedere possa dirsi meno corretto ed altro è ch'esso possa far incorrere nell'indegnità, la quale, evidentemente, richiede una soppressione di volontà testamentarie che costituisca offesa ai diritti altrui, anzichè rinunzia ai diritti proprii (1).

**51.** Come risulta dal tenore della legge, per incorrere nell'indegnità occorre il fatto della positiva soppressione, occultazione od alterazione del testamento; il semplice tentativo non basterebbe, nè una legge di diritto singolare, quale è quella in esame, tollererebbe interpretazione estensiva.

Per altra parte, consumato il fatto, a nulla rileva che le volontà testamentarie vengano ugualmente ad emergere.

Che anzi, questo titolo d'indegnità, per essere congruamente stabilito, richiede appunto la constatazione delle volontà testamentarie, le quali, del resto, basta vengano dolosamente *occultate*, ancorchè non materialmente *annientate*, per indurre l'indegnità, giusto essendo che questa s'incorra sempre quando il colpevole ha fatto tutto quanto stava in suo potere per impedire che gli estremi voleri del defunto sortissero effetto.

**52.** I fatti specificati dall'art. 725, e che abbiamo fin qui esaminati, sono i soli che possano dar luogo all'indegnità: nessun altro fatto avrebbe simile effetto. Quindi, ad es., nè l'attentato alla vita o l'offesa all'onore di persone per quanto strettamente congiunte coll'autore della successione (2), nè le inimicizie, per quanto gravi, che fossero insorte fra il testatore e le persone da lui favorite, nè la mancata denunzia, per parte dell'erede, dell'uccisione del suo autore (3), sarebbero causa d'indegnità (4).

**53.** Nei rapporti però tra coniugi, la legge ha stabilito speciali cagioni di indegnità e di decadenza dai relativi diritti successorii.

E così, il coniuge per colpa del quale sia stata pronunziata sentenza di separazione personale passata in giudicato, perde i diritti successorii verso l'eredità dell'altro coniuge, se si tratti di successione legittima (5) o di successione testamentaria in cui fosse stato ridotto alla mera legittima (6).

---

(1) Cons. Cass. Roma, 4 settembre 1889, Rossi-Bajocco (*Annali*, XXIV, 1, 188).

(2) Vitali, n. 1070.

(3) Gianturco, op. cit., p. 58; Paoli, p. 183. I fatti induttivi d'indegnità erano molto più numerosi in diritto romano, e si trovano diligentemente esposti dal Cavallaro-Freni, op. cit., p. 80 e seg. V. pure Borsari, *Cod. civ.*, § 1547.

Sulle tracce del Codice francese (art. 727) il Codice albertino (art. 709, n. 2) comprendeva fra gli indegni anche « l'erede in età maggiore, che essendo consapevole della sua qualità di erede, ed informato della uccisione del testatore, non l'avrà denunziata alla giustizia entro sei mesi dal giorno della scienza, eccetto quando il pubblico ministero abbia d'ufficio proceduto. La mancanza della denuncia non può essere opposta al coniuge, agli ascendenti, o discendenti dell'uccisore, nè a' di lui fratelli, o sorelle, zii, zie e nipoti, nè a' di lui affini negli stessi gradi ».

Il Guardasigilli Pisanelli, nella sua relazione al Senato, così giustificava l'esclusione di tal causa d'indegnità dal progetto di nuovo Codice:

« Questa causa d'indegnità aprì l'adito a molte quistioni. Ma prescindendo da esse, giova avvertire che i vigenti Codici non l'ammisero in modo assoluto; le fattevi eccezioni provano la poca stabilità del principio, ed importano anzi una contraddizione pratica. I congiunti e gli affini dell'autore dell'omicidio non possono valersi della dispensa della denunzia, se non dimostrando che trovansi nel caso eccettuato dalla legge, indicando cioè nominativamente il congiunto, l'affine colpevole; tale condizione è ben peggiore del dover fare una denunzia in genere del commesso reato.

« Ad ogni modo sarà pur sempre vero che l'accennata causa di indegnità ha perduto ogni importanza, dopo l'istituzione del pubblico ministero specialmente incaricato di promuovere l'azione penale, e di vegliare perchè i reati non rimangano impuniti ».

(4) Pacifici-Mazzoni, *Succ.*, I, n. 78 e 98.

Questi principii erano sanzionati dalla Corte suprema di Roma in una fattispecie in cui pretendevasi escludere come indegna una erede per illecite relazioni che si asserivano da lei avute col testatore, sacerdote cattolico. « La legge italiana (così la Corte) non riconosce altri motivi d'indegnità a succedere, tranne quelli specificati con testo espresso nell'art. 725 Cod. civ., e fuor di luogo il ricorso cita l'art. 1 dello Statuto, per dedurne conseguenze di diritto privato che la ragione non vi trova e che il legislatore non vi ha visto. Se il Mecci, comunque prete cattolico, ebbe relazioni illecite con la donna che poscia istituì sua erede, la legge non ha creduto dover aggiungere alla censura religiosa la sanzione della nullità del testamento; nè provocando la pubblicità di giudizi scandalosi, avrebbe meglio provveduto alla tutela della morale.

« Ben altro sarebbe il caso, e non mancherebbe il soccorso del diritto comune, se quelle relazioni avessero dato luogo a lusinghe e suggestioni tali da vincolare nell'atto del testare la libera determinazione della volontà del disponente; ma non fu questo l'assunto del ricorrente, nè a questo scopo avevano relazione i fatti da lui articolati ». Decis. 30 aprile 1880, Mecci-Rossi (*Foro it.*, V, I, 339). V. pure Cass. Palermo, 28 marzo 1896, già citata.

(5) Art. 737 Cod. civ.

(6) Art. 812 Cod. civ.

Tra l'indegnità ordinaria e quella di cui ci stiamo occupando sono a notarsi le seguenti differenze:

1° Titolo all'incapacità successoria del coniuge è la *separazione personale* giudizialmente pronunziata per sua colpa e non già i fatti che a tale separazione diedero luogo: laonde se il coniuge innocente venga a decedere prima che sia emanata sentenza definitiva di separazione, i suoi eredi non potranno pretendere di istituire o continuare giudizio contro l'altro coniuge all'effetto di provare la sussistenza dei fatti che avrebbero dato luogo a separazione per sua colpa, onde escluderlo così dall'eredità (1).

2° Non tutti i fatti per cui può chiedersi la separazione personale costituiscono causa d'indegnità a succedere; onde potrebbe avvenire, nel caso d'un matrimonio fra congiunti, che uno dei coniugi, separato per propria colpa dall'altro, mentre nulla potrebbe conseguire sulla costui eredità *come coniuge*, gli succedesse *come parente prossimo*.

3° L'indegnità ordinaria è causa d'esclusione *radicale* ed *assoluta* dalla successione della persona offesa; invece la separazione personale (qualora non sia stata provocata da uno dei fatti induttivi dell'ordinaria indegnità) impedisce al coniuge colpevole unicamente di concorrere alla successione intestata o di reclamare la quota riservata per legge in caso di successione testamentaria dell'altro. Quindi se il coniuge innocente avesse nel suo testamento favorito il proprio compagno, il lascito, se il testamento non venga revocato, permarrà in vigore nonostante la sopravvenuta sentenza di separazione, amenochè il testatore si fosse limitato a lasciare la mera quota di riserva e per dichiarato puro ossequio alla legge.

4° L'indegnità incorsa non può esser tolta che mediante abilitazione concessa all'indegno con atto autentico o con testamento dalla persona offesa (2), ma per far cessare gli effetti della sentenza di separazione, e quindi la speciale indegnità da essa nascente, basta una dichiarazione espressa dei coniugi o il fatto della loro coabitazione (3).

**54.** Altra speciale causa d'indegnità ha luogo a carico della donna che passi a nuove nozze prima dei dieci mesi dallo scioglimento od annullamento del matrimonio. La legge ne pronunzia la decadenza da *ogni successione* che provenga dal primo marito (4).

**55.** Per altra parte l'indegnità è causa d'incapacità di succedere così per legge che per testamento; ed in caso di successione testamentaria, così a titolo universale che particolare, così in qualità d'erede della porzione disponibile che della legittima (5); così in caso di vocazione pura e semplice che condizionale od a termine; e qualunque sia la causale del lascito, fosse quindi anche alimentario, rimuneratívo od altro simile.

**56.** L'indegnità incorsa rende però incapace soltanto di succedere *immediatamente* ad una persona, non già di succederle *mediatamente*.

Quindi un figlio divenuto indegno di succedere al padre, potrà, succedendo al proprio fratello, rimasto erede unico del padre, succedere mediatamente al padre stesso (6).

Parimente l'indegnità incorsa se rende incapace di succedere *mortis causa*, non obbliga per sè sola a dismettere i beni che il successibile avesse ricevuto dal defunto a titolo di donazione tra vivi; salva la speciale azione in rivocazione della donazione all'appoggio dei medesimi fatti che causarono l'indegnità. E ciò sarebbe a dirsi anche quando la donazione fosse stata fatta in via d'anticipazione d'eredità, perchè questa clausola non infirma la donazione, tuttochè il donatario non venga poi a succedere. Beninteso però ch'egli non potrebbe ritenere la donazione, o parte di essa, che eccedesse la porzione disponibile (7).

È superfluo ripetere che l'indegno ha la piena capacità di succedere a qualsiasi persona, tranne quella verso cui si è reso indegno.

**57.** Fondamento dell'incapacità per indegnità essendo, secondochè vedemmo, la presunta volontà della persona offesa, anzichè, come in diritto francese, una considerazione d'ordine pubblico, ragion voleva che fosse rimesso alla potestà di questa persona di rimuovere l'insorto impedimento *abilitando* l'indegno a succedere. E così difatti testualmente dispone la legge nostra (8).

Stante però la gravità dei fatti necessarii a costituire

---

(1) Cass. Napoli, 23 febbr. 1875, Scoppa-Brancia (*Ann.*, I, 293). Ecco il ragionamento della sentenza:

« Considerando che il nuovo Codice italiano, ammettendo per un grande principio di moralità nel novero dei successibili anche il coniuge superstite, lo ha privato di codesti diritti così nelle successioni testate che nelle intestate, qualora il defunto avesse ottenuto sentenza di separazione personale passata in giudicato (art. 757 e 812). La legge in questo caso ha creduto che quando sonosi rotti i vincoli dell'amore, onde il sistema successorio è regolato, e quando la base della famiglia è scrollata per colpe gravissime di uno dei coniugi, costui non può venire, alla morte dell'altro, a raccogliere il frutto delle sue turpitudini e concorrere alla successione con tutti gli altri eredi legittimi. Ma la legge medesima ha voluto dare questa pena gravissima quando la prova della colpa era evidente ed incontrastabile; e però non si è contentata di una semplice domanda proposta innanzi al magistrato, o di una sentenza che potesse essere annullata dal giudice superiore, ma ha disposto che vi debba essere necessariamente la verità della cosa giudicata;

« Considerando che, ritenuto questo principio indiscutibile, viene di per se stessa a cadere quella parte del ricorso della signora Enrichetta Scoppa, principessa di Carpino, la quale si duole che la Corte d'appello non l'abbia ammessa a provare i fatti d'indegnità ch'ella attribuiva al marchese Tommaso Brancia coniuge superstite della sua sorella Raffaella Scoppa. Imperocchè se la legge per escludere dalla successione il coniuge superstite vuole la sentenza di separazione passata in giudicato, è strano il supporre ch'essa aprisse l'adito ad una prova per testimoni dopo la morte dell'altro coniuge sopra fatti che solo a costui potevano interessare. Oltre a ciò, stabilitosi nell'art. 153 Codice medesimo, che la riconciliazione estingue il diritto di chiedere la separazione ed induce pure l'abbandono della domanda che fosse stata proposta, non è possibile immaginare che lo stesso Codice autorizzasse la prova di quei fatti di separazione, che il coniuge defunto poteva distruggere con un sincero ed amorevole amplesso;

« Considerando che una contraria teorica non servirebbe ad altro che a sollevare le ire e forse l'ingordigia di tutti gli altri eredi legittimi, e consacrerebbe lo scandalo che laddove uno dei coniugi ha voluto scendere nel sepolcro facendo rimanere nelle pareti domestiche le ingiurie ricevute e rispondendo all'offesa col perdono, un altro erede estraneo, irridendo ai sacrosanti vincoli creati dal matrimonio, venisse a denunciare fatti che il suo cuore non è capace di valutare. Però la Corte d'appello fece cosa savia e legale quando negò alla signora Enrichetta Scoppa di provare, la mercè dei testimoni, i diversi fatti che allegava intorno ai mali trattamenti ed alle ingiurie che il marchese Brancia aveva fatto alla giovine moglie, donde ne era seguita la morte, ed una contraria disposizione sarebbe stata una manifesta violazione della legge ».

(2) Art. 726 Cod. civ.

(3) Art. 157 Cod. civ.

(4) Art. 128 capov. Cod. civ.

(5) Paoli, pag. 187.

(6) L. 5, § 7, l. 7, Dig. *De his quae ut ind.*; l. 42, Dig. *De jure patr.*; Cavallaro-Freni, p. 117; Vitali, n. 1163.

(7) Arg. art. 1003. Vitali, n. 1171.

(8) Art. 726 Cod. civ. V. Fulci, § XVI; Ricci, n. 25. Già il Pisanelli nella sua relazione al Senato in proposito scriveva: « Siccome tale incapacità (quella derivante da indegnità) pog-

l'indegnità, la presunzione di mutata volontà nei rapporti coll'offensore è così naturale e gagliarda da richiedersi speciali condizioni perchè tale presunzione possa dirsi cessata.

E così, in primo luogo, l'abilitazione dev'essere *espressa*. Quindi, ad esempio, la semplice circostanza che l'offeso non addivenga a testamento contrario al successibile per legge, divenuto indegno, o che non revochi formalmente il testamento in cui era contemplato un successore incorso poi nell'indegnità, non basterebbe a ritorgli l'incapacità di succedere (1).

Un'eccezione è però a farsi nei rapporti fra coniugi, inquantochè se fosse intervenuta sentenza di separazione personale per colpa d'uno di essi, sentenza che, come vedemmo, costituisce causa d'incapacità di succedere pel colpevole, basta il semplice fatto della nuova loro coabitazione ad indurre la cessazione degli effetti della pronunziata separazione (2).

**58.** Senonchè, nei casi ordinarii, neanco una dichiarazione espressa qualsiasi per parte dell'offeso non è ancor sufficiente a cancellare l'indegnità; occorre che questa sia fatta per iscritto ed in un testamento od in un atto autentico.

Per *testamento* intendiamo *un atto rivestito delle forme testamentarie*, senza che occorra che vi si contenga pure specifica disposizione di beni; e ciò per ragioni analoghe a quelle per cui il vocabolo *testamento* è assunto in ugual significato dall'art. 917, ove statuisce che i testamenti possono essere rivocati con un testamento posteriore (3).

L'atto in forma testamentaria non è assolutamente indispensabile per l'abilitazione dell'indegno; questa può esser concessa anche con un atto autentico, cioè ricevuto da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede. Per verità, l'atto abilitativo non costituisce, propriamente parlando, disposizione di beni, ma soltanto rimozione d'ostacolo a che l'indegno possa raccogliere la successione a cui era chiamato da titolo preesistente in suo favore; certamente è questo un atto di grave importanza, tale che dissuase il legislatore dal permettere che potesse farsi con privata scrittura qualunque; ma per altra parte, non trattandosi di disposizione *mortis causa*, basta sia rivestito delle ordinarie forme notarili per gli atti tra vivi.

**59.** L'abilitazione dev'essere accordata *espressamente;* locuzione questa, che non implica, in chi la rilascia, obbligo di dichiarare, *apertis verbis*, che intende di far cessare l'incapacità per indegnità; ma significa soltanto che l'atto abilitativo deve esser tale da indurre non la semplice probabilità e verosimiglianza, ma *la certezza piena*, che chi vi addiviene intenda ridonare capacità di succedere a chi se ne era reso immeritevole, per quanto tale certezza derivi soltanto *per necessario implicito* dall'indole delle disposizioni contenute nell'atto.

Di vero tale è il significato che alla parola *espressamente* è concordemente riconosciuto in altri casi in cui è adoperata dalla legge (4).

D'altronde, con una contraria interpretazione, qualora si trattasse di fatti che si fossero compiuti entro le domestiche pareti, si porrebbe molte volte il testatore nell'alternativa dolorosa o di dar campo, tacendo, a remoti successibili di rivelar fatti disonorevoli od anche criminosi a danno forse d'un suo stretto parente, onde escluderlo, come indegno, dall'eredità; o di additare appunto col suo perdono la via alla punitiva giustizia di ricercare e trovare un reato.

Basterà adunque che l'atto a cui l'offeso addiviene di-

gia sulla volontà presunta del defunto, cessa quando questi abbia espressa una volontà contraria, riabilitando l'indegno con atto pubblico o con testamento ».

Nel primitivo progetto di Codice albertino la tentata uccisione del testatore era dichiarata quale causa d'indegnità a succedere *ancorchè il testamento sia posteriore al delitto.* Lo stesso non era ripetuto riguardo alla causa d'indegnità dipendente da accusa calunniosa.

La Camera dei Conti rilevando tale anomalia osservava: « Non ben seppe restar capace il Magistrato del motivo per cui nell'alinea 4° era stabilito che non dovrebbe aver effetto la disposizione testamentaria anche fatta dopo la notizia, che avesse avuto il testatore, dell'attentato alla propria vita, quando che nell'alinea 3° non si era escluso dalla successione il calunniatore che il testatore avesse chiamato erede dopo che a questo era nota la ordita calunnia.

« Nè scorgevasi nella diversità dei delitti una giusta ragione per cui il perdono, che il testatore si fosse disposto a concedere al colpevole della di lui attentata uccisione, fosse da ritenersi più immeritevole di riguardo che non il di lui condono a favore di chi fu suo calunniatore; che anzi, considerando quanto fossero perniciosi gli effetti della calunnia e quanta viltà d'animo si volesse in così reo delitto, si conchiudeva che il calunniatore, meno assai del colpevole indicato nel primo alinea, potrebbe trovarsi meritevole di perdono. Quindi il Magistrato opinava che il legislatore, se voleva essere a se stesso conseguente, aveva l'alternativa o di estendere al caso del primo alinea il favore del terzo, o di negarlo a questo, se a quello non si attribuiva.

« Siccome poi, in materia di successioni testamentarie, fondamental principio ritenevasi il rispetto della volontà dell'uomo, in ciò tutto che non fosse alla morale ed al ben pubblico contrario, perciò pareva il primo partito all'altro da preferirsi.

« D'altronde si riconosceva che lo scopo della legge civile, nello stabilire alcune cause d'indegnità per ragione di delitti, non doveva essere quello propriamente di cautelare con una nuova sanzione penale l'interesse sociale a cui già provvedevano le leggi criminali, ma quello bensì d'interpretare la volontà dell'uomo, negando ogni effetto al testamento nei casi in cui era a supporsi che il commesso delitto sarebbe stato pel testatore un argomento di ommettere o di rivocare le da lui fatte disposizioni.

« Eppertanto, se la persona, alla cui vita si fosse attentato e che ne avesse notizia, spiegava cionondimeno in così chiaro modo la sua intenzione di concedere all'offensore un intiero condono, non si vedeva il motivo per cui la legge civile dimostrerebbesi più severa dell'offeso stesso, il quale era più in grado di qualunque altro di apprezzare le particolarità attenuanti del commesso delitto.

« Pelle quali considerazioni pertanto il Magistrato portò opinione che la stessa regola, che nell'alinea terzo si era stabilita pel caso di calunnia, si applicasse al testamento cóndito posteriormente alla notizia avuta dal testatore della tentata uccisione ».

La Commissione di legislazione rispondeva che « la disposizione, per quanto si riferisce ai testamenti, essendo per sua natura subordinata alla volontà del testatore, non si scorge inconveniente ad adottare l'addizione da farsi al num. 1 che toglie l'effetto dell'indegnità, essendo il testamento posteriore alla condanna conosciuta dal testatore, perchè ciò è stato ammesso per l'incapacità inflitta all'autore di un'accusa capitale dichiarata calunniosa ».

La redazione definitiva del Codice albertino su questo punto (art. 709) quale conseguenza delle esposte premesse portava:

Sono incapaci come indegni:

1° Chi avrà volontariamente ucciso o tentato d'uccidere il testatore, *eccetto che il testamento sia posteriore al delitto ed il testatore conoscesse il colpevole;*

....3° Colui che ha intentato contro il testatore un'accusa ecc., *eccetto che il testamento sia posteriore all'accusa ed alla dichiarazione di calunnia, non ignorate dal testatore all'atto del testamento* (V. *Motivi del Codice civile albertino*, II, p. 33 e seg.).

(1) Paoli, p. 185; Ricci, n. 25.

(2) Art. 157 Cod. civ.

(3) Vitali, n. 1281. V. però Fulci, § XVI.

(4) V. ad es. art. 1086 Cod. civ.

mostri necessariamente, ancorchè implicitamente, l'intenzione sua di abilitare l'indegno a succedere.

Tale abilitazione è naturalmente insita nella liberalità testamentaria che la persona offesa, nella piena consapevolezza dell'autore del fatto delittuoso, disponga a costui favore. Per effetto dell'ordinata liberalità, chi era incorso nell'indegnità non solo può ricevere il lascito disposto in suo vantaggio, il che è evidente, ma la sua incapacità rimane, sotto ogni rispetto, cancellata (1). Così, poniamo, un padre che ebbe ad essere oggetto d'un attentato alla sua vita per parte *dell'unico figlio*, fa in seguito testamento, con cui istituisce il figlio nella legittima, lasciando la disponibile ad un estraneo. L'estraneo rinunzia all'eredità la quale pertanto si devolve *ab intestato*. Diremo noi che il figlio non possa raccoglierla inquantochè il padre, col suo testamento, lungi dal confermare la portata del titolo successorio (legge) che esisteva a favore del figlio anteriormente all'indegnità da lui incorsa, abbia ridotto i diritti del figlio alla metà? No certamente. La legge lascia in facoltà della persona offesa d'accordare o no il suo perdono all'offensore riammettendolo a succedere; ma non lascia in arbitrio del privato di circoscrivere gli effetti giuridici dell'accordata abilitazione. In altri termini, o si ha incapacità di succedere per incorsa indegnità, o si ha rimessione di tale incapacità; ma una abilitazione parziale, circoscritta alla consecuzione d'una determinata quota, d'un determinato lascito, è inammessibile; non potendo concepirsi che il perdono possa concedersi soltanto in parte.

Con ciò non vuol già dirsi che l'abilitazione non possa accordarsi fuorchè a patto di restaurare integralmente chi è incorso nell'indegnità nella pienezza dei diritti successorii che gli competevano prima del fatto delittuoso da lui commesso; nulla osta che il testatore circoscriva in più ristretti limiti la sua vocazione successoria; quello che diciamo si è che l'abilitazione a succedere, insita nel lascito disposto a favore di chi è incorso nell'indegnità, toglie di mezzo, in via assoluta, la sopraggiunta incapacità, cosicchè il chiamato si troverà in grado di raccogliere non solamente il lascito a suo vantaggio ordinato col testamento abilitativo, ma anche quei maggiori emolumenti che, per legge o per effetto di caducità di altre disposizioni del testatore, egli, in qualità di successibile, si trovasse normalmente destinato a raccogliere. Così, se il padre disponga un tenue legato a favore del figlio incorso nell'indegnità, noi crediamo che, in forza dell'implicita abilitazione successoria contenuta in detto legato, il figlio sia in ragione di reclamare la legittima integrale. Così pure, ritornando all'esempio sovr'addotto, se l'estraneo istituito erede della disponibile nel testamento implicitamente abilitativo rinunzi all'eredità, il figlio, per quanto abilitato mediante semplice chiamata alla legittima, si troverà reintegrato nella capacità successoria all'effetto di reclamare quale prossimiore successibile *ab intestato* la quota ereditaria che per effetto della rinunzia dell'erede testamentario viene a devolversi in virtù di legge.

**60.** Grave dubbio può invece sorgere in caso di liberalità tra vivi disposta a favore di chi ebbe a rendersi indegno. Non parliamo del caso in cui nell'atto sia espressamente presupposta la capacità successoria del donatario, perchè allora l'abilitazione sarebbe evidentemente accordata. Tale sarebbe il caso in cui il genitore, intervenendo al contratto nuziale del figlio, incorso verso di lui nell'indegnità, gli facesse una donazione od assegno a titolo d'anticipazione d'eredità. Ma, esclusa quest'ipotesi, la questione, come dicevamo, si presenta indubbiamente assai grave. Si dirà che un atto di liberalità implica necessariamente benevolenza di colui che vi addiviene verso chi ne è oggetto. Rispondiamo che l'art. 726, per la reintegrazione della capacità di chi è incorso nell'indegnità richiede un atto di *espressa* abilitazione, mentre, nella specie configurata, l'abilitazione non potrebbe desumersi che da semplici ipotesi o congetture; ipotesi o congetture che potrebbero anche essere fallaci. Di vero, se l'elargizione fosse esigua, se fatta a favore d'un prossimo congiunto, se rivestisse il carattere d'una pensione vitalizia, essa potrebbe esser fatta *miserationis causa*, quale compenso alla perdita dei diritti successorii incorsa dal beneficato. Ed anche in caso di donazione cospicua, ben potrebb'essere che, di fronte all'offesa ricevuta, chi ne fu vittima, pur essendo disposto a perdonar l'offensore ed anche a procurargli vantaggio, non intendesse però che il medesimo dovesse conseguir l'onore di diventar il suo erede, di continuarne la personalità. Riteniamo pertanto che una pura e semplice donazione, negli aggiunti di fatto sovra configurati, non possa costituire atto d'implicita abilitazione a succedere.

**61.** L'abilitazione accordata è *irrevocabile* ed *individua*. Irrevocabile, imperocchè è assurdo che il perdono, una volta concesso, si possa ritrattare (2); il che, ben inteso, per nulla pregiudica l'assoluta revocabilità *usque ad supremum vitae exitum*, come d'ogni altra disposizione testamentaria, così di quelle ordinate a favore del già indegno; individua, imperocchè è parimente assurdo che il perdono si possa concedere soltanto in parte (3). Quindi, benchè venisse revocato il testamento in cui l'abilitazione fosse stata concessa, questa conserverebbe la sua giuridica efficacia (4); e per altra parte non sarebbe ammessibile la pretesa del testatore che, abilitando l'indegno, volesse circoscrivere gli effetti dell'abilitazione.

Certo, come già avemmo superiormente ad osservare, non può esser conteso al testatore che, pur riammettendo l'indegno a succedergli, voglia restringere la liberalità, che gli aveva fatta in precedenza, di disporre in tal guisa; ma l'abilitazione, in se stessa considerata, come restauratrice della capacità di succedere, non è suscettiva di limitazioni nè di frazionamento.

Crediamo però che nulla osterebbe a che l'abilitazione, invece d'essere concessa in modo puro e semplice, venga accordata sotto condizione (5).

**62.** L'abilitazione può essere conceduta qualunque sia stata la causa che abbia fatto incorrere il successibile nell'indegnità.

(1) V. Cavallaro-Freni, p. 130; Borsari, § 1558. V. però Gianturco, op. cit., p. 59 e seg.; Fulci, § XVI; Vitali, n. 1215; Pacifici-Mazzoni, n. 101. Il Ricci, n. 25, richiederebbe che dal testamento stesso risultasse la consapevolezza nel testatore della causa d'indegnità.

Noi non lo crediamo. Quando la legge, per la validità di certe disposizioni testamentarie, richiede nel testatore la consapevolezza di determinati fatti, basta, di regola, ad attribuir forza alla disposizione, il poter provare, *in qualunque modo*, che il testatore, dettandola, era consapevole di quel dato fatto. Così, ad es., la legge pronunzia l'inefficacia delle disposizioni a favore di terzi fatte da chi, al tempo del testamento, ignorava d'aver figli viventi. Or bene, per mantener efficacia ad un lascito a favore d'estranei disposto da chi aveva figli, basterà il dimostrare, *con qualsiasi genere di prova*, che il testatore, nell'ordinare il legato, era conscio d'aver figli. Quando la legge volle che della consapevolezza d'un determinato fatto avesse a risultare dal testamento, lo richiese esplicitamente, come nel caso di legato di cosa altrui. V. art. 837 Cod. civ.

(2) Ricci, n. 25 *quatuor*; Mattei nel *Giornale delle Leggi*, VII, p. 137; Vitali, n. 1222; Pacifici-Mazzoni, n. 102.

(3) Vitali, n. 1213. V. però Ricci, n. 25.

(4) Fulci, § XVI.

(5) Borsari, § 1559; Vitali, n. 1224.

Quindi può concedersi se il successibile avesse attentato alla vita del *de cujus*

Può parimente concedersi a favore del successibile che si fosse reso colpevole d'accusa calunniosa. A questo proposito è da osservarsi che se per la sussistenza di questo titolo d'indegnità occorre che l'accusa sia stata giudizialmente riconosciuta calunniosa, sta pur sempre che la causa vera ed unica dell'indegnità consiste nell'accusa calunniosa e non nella relativa constatazione; laonde, a nostro avviso, sarebbe senza contrasto valida ed efficace l'abilitazione concessa dalla vittima dell'accusa, tuttochè non avesse per anco avuto luogo il giudizio di calunnia. Altrimenti si priverebbe l'offeso della nobile facoltà del perdono, almeno quanto alle sue conseguenze giuridiche, qualora esso venisse a morte prima che il giudizio di calunnia venisse istituito o fosse condotto a termine.

L'abilitazione può pure concedersi a chi avesse costretto a fare od a cangiare il testamento. In questo caso l'abilitazione non varrà a dar vita ai testamenti fatti sotto l'impero della violenza, ma restituirà efficacia ai titoli successorii che, indipendentemente da tali testamenti, esistessero a favore dell'autore della violenza; amenochè l'abilitazione venga concessa in modo implicito, sotto forma di nuovo testamento, nel qual caso, ben inteso, l'indegno profitterà delle disposizioni a suo favore in questo contenute.

Così ancora l'abilitazione potrà concedersi a chi avesse impedito di fare testamento o di rivocare il già fatto. Anche qui, se si tratti d'un puro e semplice atto d'abilitazione, questo avrà per effetto di restituir efficacia ai titoli successorii che esistevano a favore dell'indegno al tempo della colpevole violenza da lui esercitata; altrimenti l'abilitazione gli permetterà di conseguire le liberalità mediante le quali l'abilitazione venga appunto implicitamente accordata.

Per quello che riguarda l'ultima causa produttiva d'indegnità di succedere, vale a dire la soppressione, il celamento o l'alterazione d'un testamento valido d'una persona, è manifesto trattarsi di fatti che, per loro natura, almeno nella massima parte dei casi, non vengono perpetrati fuorchè dopo la morte del testatore, cosicchè mancherebbe in questo la possibilità d'accordare all'indegno l'abilitazione.

**63.** L'abilitazione è facoltà strettamente personale all'autore della successione, perchè costituisce perdono che non può partire se non da un offeso. Potrà il successibile che sottentrerebbe nell'eredità in luogo dell'indegno astenersi dall'esercizio dell'azione che gli compete e permettere così che l'indegno si ponga e si mantenga nel possesso dell'eredità. Ma con ciò egli non gli conferisce una capacità che non ha, ma lo pone soltanto in grado di acquistare, mediante la prescrizione trentennaria, se non venga turbato nel corso della medesima, l'eredità per detto titolo (1).

**64.** L'abilitazione validamente conceduta reintegra sempre e senz'altro l'indegno nel suo diritto successorio.

L'art. 726, dicendo che chi fosse incorso nell'indegnità *può* essere ammesso a succedere, allude all'arbitrio che ha l'offeso d'accordare o non il perdono all'offensore; ma non potrebbe significare facoltà nel magistrato d'ammettere o respingere il successibile dall'eredità dopochè l'offeso l'avesse espressamente reintegrato nella capacità di succedere (2).

**65.** L'incapacità dell'indegno potendo venir rimossa dalla volontà della persona offesa e non potendo esser vietato di fare per via indiretta ciò che può compiersi per via diretta, ne viene che l'autore della successione ha piena facoltà di favorire il suo successibile incorso nell'indegnità per mezzo d'interposta persona.

Indi la doppia conseguenza:

1° Che sarebbe inammessibile, siccome irrilevante, la prova che si volesse dare che una determinata liberalità è stata fatta, per via d'interposta persona, ad un incapace per indegnità;

2° Che la presunzione d'interposizione di persone sancita dal capoverso dell'art. 773 non ha luogo nei rapporti coll'incapace per indegnità.

In altri termini, trattandosi delle incapacità a ricevere per testamento sancite dagli art. 767 e seguenti del Codice civile, incapacità introdotte per considerazioni di generale interesse e quindi superiori alla volontà del disponente, l'art. 773 statuisce che la disposizione testamentaria a favore d'alcuno di tali incapaci è nulla ancorchè fatta sotto nome d'interposta persona e soggiunge che sono riputate persone interposte il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace. Or bene, se si trattasse di disposizione a favore del padre, della madre, dei discendenti o del coniuge della persona incorsa nell'indegnità, tale disposizione s'intenderà fatta a vantaggio di quelle persone stesse e non già dell'indegno, il quale, mancando la ragione a presumere l'interposizione, continuerà a rimanere incapace.

**66.** Se chi incorse nell'indegnità e non fu abilitato a succedere si ponga al possesso dell'eredità, è viva disputa fra i commentatori sulla efficacia degli atti ch'egli abbia compiuti in ordine ai beni ereditarii nell'intervallo fra l'apertura della successione e la sentenza che pronunzi la sua indegnità.

Ma questa disputa nel nostro diritto non ha alcuna ragion d'essere e non sarebbe stata possibile se si fosse avvertita la caratteristica differenza che intercede fra la nostra e le altre legislazioni, specialmente la francese, riguardo all'intima natura dell'indegnità. Di vero, sotto le legislazioni, quali la francese, per le quali l'indegnità è una dipendenza, una conseguenza della condanna pronunziata contro il successibile per il fatto di cui si rese colpevole; quando, in altri termini, l'indegnità ha carattere di vera e propria pena, ben si comprende che possa sollevarsi controversia sugli effetti giuridici della condanna, se cioè essa possa spiegare effetto retroattivo od agisca soltanto *ex nunc*. In quelle legislazioni, invero, l'aver commesso un fatto che esponga a declaratoria d'indegnità non è un ostacolo che impedisca *per intanto* al successibile di acquistare, coll'accettazione, l'eredità a lui devoluta; sarà la sentenza di condanna che *risolverà* o *rescinderà* il suo diritto successorio e si tratterà di vedere se la risoluzione o rescissione operi con effetto retroattivo, oppure no.

Ma secondo il Codice italiano l'indegnità è una causa d'*incapacità* a succedere, ed in essa s'incorre *di diritto, ope legis*, tostochè si è commesso uno dei fatti specificati dall'art. 725. Quindi l'indegno non succede e non può succeder mai, non diventa mai erede o legatario, neppure per un solo istante, come non succede mai qualunque altro incapace.

Certamente, se l'indegno, messosi al possesso dell'eredità, si rifiuti di dismetterla, sarà indispensabile all'erede vero, per farnelo espellere, d'istituire un giudizio nel quale, provati i fatti produttivi dell'indegnità commessi dal possessore della eredità, ne chieda la declaratoria d'incapacità a succedere come indegno. Ma evidentemente la sentenza che pronuncierà l'indegnità non rescinderà alcun diritto successorio dell'indegno, come li rescinderebbe se l'indegnità costituisse soltanto *una pena*; il suo effetto sarà meramente dichiarativo, *constaterà* cioè che il possessore dell'eredità avendo effettivamente commesso alcuno dei fatti

(1) Vitali, n. 1232. V. però Pacifici-Mazzoni, n. 108.

(2) Ricci, n. 26; Vitali, n. 1216; Pacifici-Mazzoni, n. 105.

inducenti indegnità è incorso nell'incapacità di succedere al *de cujus* e si è quindi indebitamente immesso nel possesso della costui eredità. Ma, com'è palese, la necessità d'un somigliante giudizio non è speciale al caso dell'indegnità; esso è indispensabile sempre quando occorra rivendicare un'eredità contro chi abbia un titolo successorio inefficace. Chi dubiterebbe che colui il quale, munito d'un testamento valido in origine, ma poi *rivocato*, si mettesse al possesso d'un'eredità, non sarebbe un vero erede, non avrebbe la proprietà delle cose ereditarie e che la sentenza che poi venisse a dichiarare la inefficacia del suo titolo successorio non *risolverebbe* nessun diritto da lui acquistato e non farebbe se non dichiarare ch'esso fu erede solo in apparenza? Ebbene, l'indegno è anch'esso una persona la cui vocazione a succedere, valida e sussistente dapprincipio, fu poi, a motivo del fatto da lui commesso, *e nell'istante in cui fu commesso, rivocata* per virtù di legge.

Se quindi egli s'immette nell'eredità, avrà l'apparenza, ma l'apparenza sola, d'erede, epperciò gli atti da lui compiuti andranno soggetti al disposto dell'art. 933, che disciplina gli effetti degli atti compiuti dall'erede apparente, facendo salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente (1).

**67.** Per quello che riguarda i frutti dei beni ereditarii, dall'indegno raccolti pendente il suo possesso, l'art. 727 statuisce in termini espliciti che " chi fu escluso come indegno è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi, dei quali avesse goduto dopo aperta la successione ". Ma questo disposto è veramente superfluo e sovrabbondante. Esso trovava la sua ragion d'essere in quelle legislazioni, quali la francese, secondo cui l'indegno, essendo vero e legittimo erede sino alla sentenza che pronunzia l'indegnità, poteva sorger dubbio se insieme alla dismissione dei capitali ereditarii egli dovesse pure essere tenuto alla rappresentazione dei frutti percetti anteriormente alla sentenza di condanna; ma nel nostro diritto, in cui il fatto produttivo dell'indegnità fa incorrere *ipso jure* nell'incapacità di succedere, quel dubbio non era più possibile e si presentava senz'altro applicabile anche all'indegno ciò che riguardo all'erede apparente in genere statuisce la legge quanto all'obbligo della restituzione dei frutti, vale a dire che se esso è di mala fede (e tale è certamente l'indegno) è tenuto alla restituzione di tutti quanti i frutti percetti; il che del resto è già un'applicazione a caso particolare d'un più generale precetto di legge quanto agli effetti del possesso di mala fede (2).

**68.** Quale possessore di mala fede, l'indegno non può opporre il diritto di ritenzione per miglioramenti arrecati ai beni, ed insieme ai frutti naturali e civili da lui percepiti deve pur rappresentare gli interessi dei capitali lasciati colposamente infruttiferi, nonchè gli interessi degli interessi esatti.

Egli ha però diritto di essere rimborsato delle somme pagate in estinzione di debiti ereditarii, nonchè delle spese necessarie od utili fatti nei beni dell'eredità, e conserva salva ed impregiudicata ogni sua ragione particolare verso l'eredità stessa (3).

**69.** I principii sin qui svolti vanno però soggetti a deroga e a limitazione quando si tratti d'indegnità incorsa per soppressione, occultamento od alterazione del testamento. Invero, come già avemmo occasione d'accennare, a differenza delle altre cause d'indegnità, questa nella maggior parte dei casi non sorge e non si verifica fuorchè *dopo la morte* dell'autore della successione. Nell'intervallo pertanto fra l'apertura della successione e l'attentato commesso contro il testamento, il successibile che nel testamento da lui soppresso od alterato, od indipendentemente dal medesimo, abbia la qualità d'erede, è erede vero e proprio e non semplicemente apparente; laonde l'indegnità poscia da lui incorsa rescinde un effettivo e reale suo diritto ereditario. Tale rescissione non potrà manifestamente avere effetto retroattivo, a pregiudizio dei terzi, che sarebbe enorme avessero a soffrire di un fatto commesso dall'erede dopochè ebbero contrattato con lui. Staranno dunque fermi gli atti tutti senza eccezione compiuti sino a tal giorno dall'erede, e solo da quel giorno gli si applicheranno le teorie dell'erede apparente.

Quanto ai frutti dei beni ereditarii, avendoli esso legittimamente percetti fino al giorno in cui si rese indegno, pare che non dovrebbe, per quel periodo di tempo, esser tenuto a restituirli. Però l'art. 727 è assoluto ed indistinto; esso dichiara che chi fu escluso come indegno è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi dei quali avesse goduto *dopo aperta la successione;* d'altronde chi incorre nella indegnità è a ritenersi come non sia mai stato erede, e quindi viene a mancar di titolo per *ritenere* checchessia d'ereditario; laonde anche nel caso che ci occupa opiniamo che il successibile dovrebbe restituire tutti quanti i frutti.

L'ipotesi che esaminiamo non è difficile ad escogitarsi. Basta fingere il caso d'un figlio unico, il quale alcun tempo dopo il decesso del padre, rinvenga un costui olografo contenente un cospicuo legato a pro d'un terzo. Se il figlio sopprima o nasconda tale testamento, viene a *perdere* la qualità d'erede che indubbiamente, anche di fronte a quel testamento, gli competeva.

**70.** Secondochè meglio vedremo trattando del diritto di rappresentazione, l'indegnità da taluno incorsa ha effetti strettamente individuali, e quindi non impedisce che i discendenti dell'indegno, ove si trovino col defunto nella necessaria prossimità di parentela, gli succedano anche per via di rappresentazione, ossia sottentrando nel luogo, nel grado e nei diritti dell'ascendente incorso nell'indegnità.

Ma, ad impedire che le disposizioni di legge, dirette ad escludere l'indegno dalla successione, divengano in parte illusorie, opportunamente sancisce il capoverso dell'art. 728 che il genitore indegno non ha sulla parte di eredità devoluta ai suoi figli i diritti d'usufrutto e d'amministrazione che la legge accorda ai genitori. Disposizione, il cui spirito e la cui lettera esclude il genitore dall'usufrutto di ciò altresì che fosse stato lasciato *per prima ed immediata vocasione* ai suoi discendenti dalla persona verso cui si è reso indegno di succedere.

Se è il padre che si sia reso indegno di succedere, l'usufrutto legale passerà alla madre (4); se si tratti di madre vedova che sia incorsa nell'indegnità, l'amministrazione dei beni dei minori sarà devoluta ad un curatore da nominarsi dal tribunale sulla istanza di alcuno dei parenti più vicini, od anche d'ufficio dal Pubblico Ministero (5).

## CAPO II.

### DELLA RAPPRESENTAZIONE.

**71. Fondamento del diritto di rappresentazione. — 72. Coordinamento del diritto dei rappresentanti con quello degli altri coeredi. — 73. La rappresentazione si ammette anche**

(1) In questo senso: Ricci, n. 27, 28; Vitali, n. 1194 e seg.

(2) Arg. art. 703, Cod. civ.

(3) Cavallaro-Freni, p. 118; Ricci, n. 28; Buniva, p. 45; Borsari, § 1565 e seg.; Vitali, n. 1173 e seg.; Pacifici-Mazzoni, n. 109 e seg.

(4) Art. 231 Cod. civ.

(5) Arg. art. 233 Cod. civ.

in mancanza d'eredi di primo grado. — 74. Anche quando componenti le varie stirpi siano pari di numero. — 75. Anche in caso di unica stirpe chiamata a succedere. — 76. I rappresentanti succedono per titolo proprio. Conseguenze. Osservazioni riguardo alla rappresentanza dell'indegno. Genesi e giustificazione del disposto del Codice italiano al riguardo. — 77. Differenze fra diritto di rappresentazione e diritto di trasmissione. — 78. Casi che posson dar luogo al diritto di rappresentazione. Premorienza e commorienza. — 79. Assenza. — 80. Indegnità. — 81. Non si rappresenta il rinunziante. Critica della legge. — 82. La rappresentazione non ha luogo tra ascendenti, nè in linea collaterale fuorchè tra zii e nipoti. 83. Principii comuni alla rappresentazione in linea discendentale o collaterale. — 84. La rappresentazione è prerogativa della parentela legittima. — 85. Osservazioni riguardo ai figli adottivi. — 86. La rappresentazione non si fa per salti. — 87. Non può associarsi colla successione per diritto proprio. — 88. Disposto dell'art. 733. — 89. *Quid* se un discendente rappresenti più stirpi.

**71.** Di regola generale, l'affezione verso i proprii congiunti è in ragione della prossimità della parentela. Di conseguenza, la legge sulle successioni intestate, inspirandosi alla presunta volontà dell'estinto, devolve l'eredità ai costui parenti più vicini di grado ad esclusione dei più remoti. È però legge di natura che nella cerchia della parentela più intima, circoscritta cioè ai figli, fratelli e sorelle, l'uomo senta rivivere, nelle persone dei discendenti d'un figlio o d'un fratello, in misura talvolta anche più intensa, l'affetto stesso che portava al figlio o al fratello. Indi l'origine prima del *diritto di rappresentazione* (1), la cui manifestazione più saliente consiste nel pareggiare un grado più remoto ad un grado più prossimo, nell'ammettere cioè a concorrere, sull'eredità del defunto, insieme ai figli o fratelli da questo lasciati superstiti, anche i discendenti dei figli o dei fratelli che fossero premorti od altrimenti mancanti (2).

**72** Ma se questa istituzione si presenta con tutti i caratteri della giustizia e dell'equità; se è ragione che i nipoti, il cui genitore sia premorto all'avo, non abbiano a soffrire, oltre al dolore del prematuro lutto, anche la perdita di quell'emolumento successorio che, se l'ordine della mortalità non fosse stato turbato, essi, in persona del loro padre, avrebbero raccolto nel retaggio dell'avo, è pure di evidente giustizia e ragione che il benefizio concesso ai nipoti non torni di pregiudizio agli altri coeredi coi quali i nipoti sono ammessi a concorrere: in altri termini, è giusto e ragionevole che l'accidentalità per cui i figli o fratelli del defunto si trovino a concorrere sull'eredità di questo, anzichè con un altro figlio o fratello, colla costui prole, non abbia ad alterare la condizione giuridica e sopratutto ad attenuare la misura dei diritti che sarebbero loro spettati se fosse effettivamente succeduto il figlio o fratello premorto od altrimenti mancante (3).

La necessità, che il concorso dei nipoti non pregiudicasse la condizione dei coeredi prossimi in grado, ha prodotto per prima e più saliente conseguenza che la successione dei nipoti ha luogo non *per capi*, ma *per istirpi*, vale a dire che i nipoti conseguono *fra tutti* quella sola porzione ereditaria che sarebbe spettata al loro genitore se effettivamente fosse succeduto; e dà ragione della denominazione di *diritto di rappresentazione* data alla successione dei nipoti in concorso coi loro zii, inquantochè i nipoti succedono *come se* rappresentassero il proprio genitore mancante, espressione che però non esprime la genuina verità delle cose, inquantochè, come vedremo meglio ancora più innanzi, non è dal loro genitore, ma da sè medesimi che i nipoti ripetono il titolo alla loro vocazione successoria, e la limitazione dei loro diritti a quelli che avrebbero spettato al loro genitore è indotta semplicemente dalla necessità di conciliare i loro diritti con quelli degli altri coeredi.

**73** Data poi la natura del diritto di rappresentazione, quale abbiamo testè esposta, è manifesto che il medesimo doveva trovar luogo anche quando non fosse possibile ad esplicarsi nella sua funzione più saliente e caratteristica, che è quella di pareggiare gradi più remoti a gradi più prossimi; in altri termini, e secondochè statuisce testualmente la legge, il diritto di rappresentazione si attua non solamente quando concorrano nipoti con figli o fratelli del defunto, ma anche quando essendo premorti od altrimenti mancanti tutti i figli o fratelli del defunto, non vi siano superstiti che nipoti, discendenti dai detti figli e fratelli. Per verità: se la legge pareggia nei diritti la prole d'un figlio predefunto ai figli superstiti, a quella guisa che, come vedemmo, un figlio non può venir pregiudicato nei suoi diritti sull'eredità paterna dall'accidentalità che in luogo del suo fratello concorrano a tale eredità i costui discendenti, così le singole stirpi non possono venir pregiudicate dall'accidentalità che in luogo di concorrere con altri eredi di primo grado, concorrano con ulteriori discendenti, e così non possono venir astretti a subire quella diminuzione di quota che potrebbe derivare a loro carico dal concorso dei componenti le altre stirpi invece dei coeredi di primo grado (4).

**74.** A prima giunta parrebbe che il diritto di rappresentazione dovrebbe essere escluso quanto meno nel caso in cui, mancando tutti gli eredi di primo grado, i componenti le varie stirpi, oltre al trovarsi pari di grado, si trovassero in egual numero nelle singole stirpi. Come se ad un padre fossero premorti due figli lasciando ciascuno superstiti due nipoti. Invero nella configurata ipotesi il diritto di rappresentazione non avrebbe campo nè ad avvicinare gradi più remoti a più prossimi, nè a guarentire l'eguaglianza fra le stirpi, facendo sì che la stirpe composta d'un maggior numero di persone non consegua una quota superiore a quella della stirpe che consti d'un numero minore di discendenti Difatti nel caso sovr'accennato, i nipoti superstiti all'avo, o succedano per diritto di rappresentazione, o succedano *ex proprio capite*, conseguono ugualmente un quarto dell'eredità dell'avo.

Eppure la legge dichiara espressamente il contrario; e

---

(1) Ricci, n. 30; Cavallaro-Freni, op. cit., p. 132; Buniva, p. 48; Pacifici-Mazzoni, n. 47.

(2) Che questo sia il carattere saliente del diritto di rappresentazione è dimostrato dall'art. 731 Cod. civ. ov'è detto: *Tra gli ascendenti non vi ha rappresentazione;* IL PROSSIMO ESCLUDE GLI ALTRI.

(3) Pacifici-Mazzoni, n. 57. — Appunto perchè la quota che sarebbe spettata all'ascendente mancante è la misura dei diritti dei rappresentanti, può essere che costoro, in rappresentanza di più ascendenti, vengano in concreto a conseguire una quota *complessiva* maggiore che i loro coeredi. V. infra, n. 89. Ma la norma dettata per le successioni intestate non sarebbe applicabile alle testamentarie; così se uno zio chiami a succedergli i nipoti da due fratelli i nipoti, salva esplicita volontà contraria, succederanno per capi e non per istirpi. App. Roma, 16 febbr. 1888; Bettelli-Bettelli (*Giurispr. ital.*, 1888, 2, 223).

(4) L'art. 730 dice che « la rappresentazione ha luogo *quantunque* in parità di grado vi sia disuguaglianza di numero in alcuna stirpe dei figli predefunti ». Pare che la circostanza del numero disuguale dei componenti le varie stirpi non avrebbe dal legislatore dovuto considerarsi come un apparente ostacolo alla rappresentazione, meritevole d'apposita dichiarazione legislativa per escluderlo, ma che invece l'apparente ostacolo avrebbe dovuto ravvisarsi nel caso opposto d'eguaglianza di numero fra i componenti le varie stirpi.

crediamo a ragione. Da un lato invero, una volta ammesso che in caso di mancanza d'un figlio o fratello era equo che i costui discendenti succedessero in luogo e voce del mancante, era logico che il diritto di rappresentazione avesse luogo in tutti i casi in cui si verificasse tale mancanza e quindi anche quando praticamente e materialmente il diritto di rappresentazione non producesse effetti diversi che la successione per diritto proprio. D'altro lato non sta che di fronte a più stirpi d'egual grado e constanti di un egual numero di persone venga meno assolutamente al diritto di rappresentazione l'opportunità di esercitare il suo magistero perequativo. Basta configurare l'ipotesi che si tratti della successione ad un ascendente e che uno dei figli premorti avesse avuto dall'ascendente una donazione. Se la prole del premorto non succedesse all'avo per diritto di rappresentazione, essa non sarebbe tenuta a conferire alla massa ciò che fu donato al suo genitore, mentre se questi fosse sopravissuto, indubbiamente avrebbe dovuto conferire; e così l'accidentalità della costui premorienza ridonderebbe a pregiudizio delle altre stirpi concorrenti, cosa appunto che il diritto di rappresentazione mira ad impedire (1).

**75.** Logica ed ulterior conseguenza delle considerazioni fin qui svolte si è che il diritto di rappresentazione ha luogo anche quando *unica* sia la stirpe chiamata a succedere. In questo caso, evidentemente, il diritto di rappresentazione non può esercitare efficacia nel senso di impedire pregiudizievoli disparità di trattamento fra stirpe e stirpe; ma il suo magistero può pur rivelarsi provvidissimo nel senso d'impedire che la successione di discendenti di secondo grado invece di chi sarebbe stato chiamato in prima linea, abbia a produr conseguenze dannose a terzi. Suppongasi premorto all'avo l'unico figlio, che era stato istituito nella mera legittima; i nipoti superstiti, qualora non venissero alla successione dell'avo in rappresentanza del loro genitore, non sarebbero tenuti ad imputare alla legittima la liberalità tra vivi che per avventura il predefunto loro padre già avesse ricevuto dall'avo; imputazione a cui indubbiamente sarebbe stato tenuto il padre se fosse effettivamente succeduto egli stesso all'avo. La accidentalità pertanto che la legittima venisse raccolta, anzichè dal figlio, dai nipoti, importerebbe una diversa costituzione dei suoi elementi, con pregiudizio degli eredi nella disponibile. Il diritto di rappresentazione per contro impedisce anche tale inconveniente (2).

**76.** Ma se, per le considerazioni sin qui esposte, i diritti che sarebbero spettati all'ascendente venuto prematuramente a mancare, costituiscono *la misura* dei diritti che si devolvono alla sua prole per diritto di rappresentazione, sta pur sempre che questa è chiamata a succedere non già *utendo juribus* del suo genitore, ma per un titolo proprio, vale a dire per il presunto affetto che si desume dall'intimità del vincolo di parentela, che la legava al defunto (3).

Di qui varie importantissime conseguenze:

1° L'incapacità in cui si trovino i discendenti di succedere ad un ascendente che intendono rappresentare, o perchè concepiti dopo la sua morte (4), o perchè incorsi, verso di lui, nell'indegnità, non è d'ostacolo all'esercizio del diritto di rappresentazione (5).

2° La rinuncia, che i figli abbiano emesso all'eredità del proprio padre, non li impedisce di concorrere, quali suoi rappresentanti, all'eredità dell'avo o dello zio (6). E veramente non è quali eredi del loro padre ch'essi possono vantar ragione sull'eredità dell'avo o dello zio, inquantochè queste successioni essendosi, in ipotesi, aperte *posteriormente* alla morte del padre di quella prole, quest'ultimo non potè trasmettere ai suoi discendenti diritto di sorta su tali eredità: i suoi discendenti vengono bensì alle medesime quali suoi rappresentanti, ma unicamente nel senso ch'essi possano rivendicare quella sola e precisa parte che sarebbe a lui spettata se l'avesse raccolta in persona propria. Non può quindi fare ostacolo di sorta all'esercizio del diritto di rappresentazione per parte di questi discendenti la circostanza ch'essi abbiano rinunziato all'eredità del genitore che rappresentano (7).

3° Se chi vuol far valere il diritto di rappresentazione si trovi colpito d'incapacità di succedere alla persona della cui eredità si tratta, come accadrebbe se avesse commesso alcuno dei fatti contemplati dall'articolo 725 Cod. civ. induttivi dell'indegnità, esso non potrà raccogliere tale eredità (8), mentre invece lo potrebbe se il significato di diritto di rappresentazione corrispondesse veramente a quel che suonano le parole, perciocchè l'incapacità personale di chi succede per diritto di vera e propria altrui rappresentanza non può mai essergli di pregiudizio. Così chi rivendichi un'eredità quale erede *mediato* non può essere respinto pel fatto ch'esso sarebbe incorso nell'indegnità di succedere all'autore dell'eredità rivendicata. Basta che sia stato capace l'erede *immediato*, e che, ben inteso, sia stato capace di succedere *a quest'ultimo* il rivendicante.

4° L'incapacità in cui sia incorso il rappresentato, per essersi reso indegno di succedere alla persona della cui successione si tratta, non è ostacolo, ma anzi una delle cause che dà luogo all'esercizio del diritto di rappresentazione. Questo principio che ora nitidamente emerge dalle disposizioni del nostro Codice in tema di diritto di rappresentazione, offre laboriosi precedenti legislativi, dovuti in parte al diverso concetto prevalente in addietro sul carattere e gli effetti dell'indegnità ed in parte altresì alla difficoltà di rettamente intuire l'indole e la natura del diritto di rappresentazione, la cui denominazione si presta all'equivoco, avvalorando a tutta prima l'idea che i rappresentanti ripetano i loro diritti dal rappresentato e non possano di conseguenza vantare diritto alcuno qualora la persona che si tratterebbe di rappresentare abbia per incorsa indegnità perduto la capacità di succedere (9).

Il Codice francese esclude in modo assoluto la prole dell'indegno dal succedere per diritto di rappresentazione.

" I discendenti dell'indegno, dispone l'art. 730 di quel Codice, che vengano alla successione per diritto proprio *e senza il soccorso della rappresentazione*, non sono esclusi per la colpa del loro padre ".

(1) V. art. 1005 Cod. civ.

(2) Buniva, p. 51; Pacifici-Mazzoni, n. 53. V. in questo senso l'elaborata decisione del Senato di Torino, 13 settembre 1839, riferita negli *Ann. di giur.* di Torino, vol. IV, p. 147, preceduta da dotta monografia illustrativa del Pescatore; e nel *Mantelli*, I, 646, preceduta dalle conclusioni del pubblico ministero e da un riassunto delle dispute delle parti. V. pure Melucci, *Collaz. e imput.*, n. 322.

(3) Borsari, § 1571. A ragione pertanto il Codice nostro, a differenza del francese, non definisce la rappresentazione come una *finzione della legge*, quasichè nella persona dei rappresentanti la legge finga di ravvisare la persona del rappresentato.

(4) V. però Ricci, n. 35.

(5) Pacifici-Mazzoni, n. 56.

(6) Art. 735 Cod. civ.; App. Palermo, 18 genn. 1894; Pirandello-Piuso (*Circ. giur.*, 1894, p. 78).

(7) Ricci, n. 31; Borsari, § 1577; Cavallaro-Freni, op. cit., p. 146; Pacifici-Mazzoni, loc. cit.

(8) Pacifici-Mazzoni, loc. cit.

(9) Conf. Cavallaro-Freni, op. cit., pag. 144 e seg.; Borsari, § 1569 e seg.

**Il Codice albertino fa qualche timida concessione ai discendenti dell'indegno.**

**In tema di successioni testamentarie, giusta l'art. 711 Cod. civ. alb., se chi è escluso dall'eredità come indegno sia figlio o discendente del testatore ed abbia figli o discendenti, ove sianvi altri eredi scritti nel testamento, sarà tuttavia dovuta a questi figli o discendenti la legittima che avrebbe spettato all'escluso.**

**Parimente, in tema di successioni legittime, ove i figli e discendenti dell'indegno non potessero succedere che per diritto di rappresentazione, avranno diritto alla sola porzione legittima che avrebbe spettato all'indegno (1). Nell'un caso e nell'altro, poi, l'indegno, oltre al non avere sulla parte d'eredità devoluta ai suoi figli o discendenti i diritti d'usufrutto e d'amministrazione che gli potessero appartenere in forza della patria potestà, non può mai succedere *ab intestato* ai detti figli o discendenti nei beni provenienti dall'eredità dalla quale fu escluso (2).**

(1) Art. 922, capov. 2° Cod. civ. albert.

(2) Cit. art. 711 e 922 Cod. civ. albert.

Nel verbale delle discussioni al riguardo seguite davanti al Consiglio di Stato, si legge quanto segue:

« Il Relatore dice, presentarsi in questo articolo la quistione degli effetti che l'incapacità, per causa d'indegnità, debba produrre in riguardo agli eredi dell'indegno. Nel diritto romano pare che non erano esclusi quando venivano per diritto proprio, ma non è ben definito se lo fossero quando non lo potevano venire che per diritto di rappresentazione. Il Codice francese all'art. 730 ammette alla successione i figli dell'indegno soltanto quando vengano per diritto proprio; in altri Codici è però disposto diversamente, per una considerazione di naturale equità, che non permette di far sopportare ai figli una pena pel delitto del padre (V. art. 653, Cod. di Napoli e 631 Cod. di Parma). La maggioranza della Sezione ha opinato di adottare la disposizione del progetto.

« Un membro che fu dissenziente nella Sezione dice che le leggi romane non ammettevano a succedere nell'eredità i figli di quello che se ne era reso indegno, ed il Codice francese fece già un gran passo nell'ammetterli, quando vengono per diritto proprio, onde non punire i figli pel delitto paterno e trova giusto che sieno ammessi in questo caso, ma crede che debbano essere esclusi quando vengono per diritto di rappresentazione, non potendo il rappresentante prendere ciò che poteva avere il rappresentato.

« Il Guardasigilli osserva, che si tratta qui della successione testamentaria, per la quale non ha luogo il diritto di rappresentazione. La disposizione dell'articolo riguarda la legittima che avrebbe spettato di diritto al figlio escluso ed è sembrato che non possa esser giusto di privare i discendenti di questo di tale porzione di eredità, che è dovuta ai figli indipendentemente dal testamento. Poni il caso d'un testatore che abbia istituiti eredi i suoi due figli, uno dei quali abbia ucciso il padre, e sia così divenuto indegno a succedergli; se i discendenti dell'uccisore non sono ammessi, tutta l'eredità spetterebbe all'altro figlio, mentre che se il figlio uccisore fosse morto, i discendenti di questo avevano un diritto positivo alla legittima. Inoltre se l'uccisore era figlio unico, i suoi discendenti prenderebbero tutta l'eredità e non trova giusto che abbiano nulla quando vi è un altro figlio.

« Il preopinante spiega che la sua opinione si riferisce alle ultime parole della prima parte dell'articolo, ove si dichiaravano *salvi i maggiori diritti che possono spettare ai figli dell'escluso, sia per diritto proprio, sia per diritto di rappresentazione;* venendo con ciò a stabilirsi un principio applicabile alle successioni intestate.

« Il Guardasigilli risponde che le suddette parole contengono soltanto una riserva, non una disposizione, e la questione si presenterà nel titolo: *Delle successioni intestate*. La difficoltà eccitata dal preopinante, riferendosi unicamente a tale parte dell'articolo, propone di adottarlo colla riserva di rinvenire sulle ultime parole della prima parte. Accenna del rimanente che nella rappresentazione in materia di successioni non si opera una vera trasmissione di diritti, e la rappresentazione non è altro in sostanza che una sostituzione nel medesimo grado di persone diverse.

« Dice un membro che, in tesi generale, non si ha diritto che sui beni lasciati dal padre. Se il padre ha perduto i beni per infortunio, il figlio ha niente; se gli ha scialacquati per prodigalità, o per altra causa, il figlio ha parimente nulla; gli sembra quindi che se il padre con un delitto si è privato di beni che gli sarebbero spettati, vi sia ancora una maggior ragione per dire che il figlio non debba avere alcun diritto su questi beni.

« Il Guardasigilli osserva che non si tratta qui di beni del padre, ma dell'eredità dell'avo, su cui i nipoti da figlio hanno diritto alla legittima, quando è tolto di mezzo il padre; e che si distruggerebbero i legami di famiglia, qualora per l'indegnità del figlio si escludessero i discendenti di questo da ogni diritto di succedere all'avo. Si andrebbe anche contro la presunta volontà dell'avo, il quale non ha potuto avere l'intenzione di privare i suoi nipoti da figlio, perchè il padre loro si è reso colpevole d'un delitto.

« Il preopinante crede necessario di maturare ulteriormente la quistione e che si debba partire dalla base che i discendenti del figlio, che si è reso indegno di succedere, abbiano meno di un altro figlio.

« Per le parole ultime della prima parte dell'articolo, *salvi i maggiori diritti ecc.*, è sospesa la deliberazione, ed è fatta riserva di esaminarle dopochè sarà discussa quella parte del titolo: *Delle successioni intestate*, in cui si tratta dei diritti che possano avere i figli o discendenti di quelli che sono incapaci od indegni di succedere (*Motivi del Codice civile albertino*, II, p. 38 e seg.) ».

In occasione della redazione del relativo articolo nella Sezione di Grazia e Giustizia del Consiglio di Stato, due membri opinavano che, ad esempio del Codice francese, i discendenti dell'incapace o dell'indegno non debbano essere ammessi alla successione allorchè, per concorrervi, hanno bisogno di rappresentare l'escluso, sì perchè rappresentare non si può una persona vivente, sì perchè l'effetto della rappresentazione essendo quello di far entrare i rappresentanti nei diritti del rappresentato, non possono i discendenti dell'escluso entrare nei diritti di chi non ne ha veruno alla successione, ed infine per gl'inconvenienti che dalla proposta disposizione deriverebbero (*Motivi del Codice civile albertino*, II, p. 180).

Il verbale della relativa discussione plenaria al Consiglio di Stato reca quanto segue:

« Il Relatore rammenta che nell'esame degli art. 16 e 28, secondo progetto, del precedente titolo II (*divenuti poi gli art. 711 e 741 del Cod. civ. albert.*) è già insorta questione sull'ammettere alla successione, o ad una parte di essa, i figli dell'*incapace* ed *indegno*, o del *diseredato*, allora quando vengano per diritto di rappresentazione. Fu fatta riserva di decidere la questione nel presente titolo per applicare su questo punto gli stessi principii tanto nelle successioni *testamentarie* che in quelle *ab intestato;* la disposizione contenuta nel secondo alinea dell'articolo presenta la sede della questione, su cui si ha in ora a deliberare definitivamente. Il Relatore espone le divergenze di opinioni che ebbero luogo nella Sezione.

« Uno dei due membri della minoranza svolge i motivi per cui egli è d'avviso che i discendenti dell'*incapace* od *indegno* non siano ammessi alla successione se non quando possano venirvi per diritto proprio, siccome è disposto nel Codice francese, art. 730.

« Quando fu trattata altra volta la presente quistione, un membro ha già esposto che se il figlio dell'*incapace* o dell'*indegno* è ammesso alla successione, morendo poscia il figlio, il padre prenderebbe per mezzo di questo l'eredità. — Tale osservazione, dice l'opinante, viene nel senso della sua opinione. — Cita a questo proposito due casi riferiti dal Tesauro, nei quali la decisione data dal Senato porta la conseguenza di non dover essere ammessi a rappresentare l'*indegno* quelli a cui avrebbe egli poscia il diritto di succedere, perchè in tale modo egli profitterebbe indirettamente del suo delitto. Riferendo inoltre

Queste limitazioni e temperamenti al diritto di rappresentazione traggono la loro origine, come già accennammo, dall'erroneo concetto che succedere per diritto di rappresentazione significhi sottentrare nei diritti che *in concreto* sarebbero *effettivamente* spettati alla persona in cui luogo si succede; cosicchè se a questa persona non competano diritti successorii per essere incorsa nell'indegnità, nulla possano pretendere i suoi discendenti, e sia tutt'al più, per un riguardo di mera equità, che possa venir loro concessa una tenue quota.

Torniamo a ripeterlo: non è facendo valere i diritti del loro ascendente venuto a mancare che i discendenti d'un figlio o fratello possono concorrere all'eredità di un avo o di uno zio; se essi sono ammessi a concorrere coi loro zii, si è per un diritto proprio, perchè l'intimità della parentela fa presumere riguardo ai nipoti uguale l'affetto dell'avo o dello zio che verso il loro genitore, premorto o resosi immeritevole di succedere; l'essere i loro diritti successorii limitati a quanto avrebbe spettato al loro ascendente mancante è un semplice temperamento equitativo diretto a conciliare i loro diritti con quelli delle altre stirpi concorrenti, ad impedire che l'accidentalità del concorso con discendenti di secondo grado pregiudichi i coeredi nella misura delle loro ragioni successorie.

Qualunque pertanto sia la causa per cui un successibile di primo grado venga a mancare, non può negarsi alla sua prole di sottentrare in sua vece. Se questo sub-ingresso è senza contrasto consentito quando il genitore non può succedere egli stesso per un motivo di fatto, cioè per la sua premorienza all'autore della successione, non v'è motivo che abbia ad essere ostacolato per ciò solo che l'impossibilità di succedere dipenda da una ragione di diritto, dall'indegnità, cioè, incorsa dal prossimo successibile. Se il posto da quest'ultimo occupato rimane vuoto, non v'è ragione di distinguere fra le cause che ciò possono avere prodotto, e sempre la sua prole vuol essere ammessa in sua vece. Il dire che non si possa rappresentare chi è incapace di succedere, appunto perchè incapace, prova troppo, perchè anche chi premuore non è investito di alcun diritto sull'eredità non peranco aperta, e quindi non dovrebbe ammettersi la sua prole *a rappresentarlo* quando tale successione si aprirà. Il dubbio e l'equivoco è ingenerato dalla frase " successione per diritto di rappresentazione ", ed è avvalorato ed accentuato ancora dalla

---

una fattispecie, pone il caso d'uno che abbia ucciso il fratello, sapendo che questi voleva istituire erede un estraneo; l'uccisore non può succedere al fratello, ma se il figlio dell'uccisore succedesse a lui e morisse prima del padre, quell'uccisore, succedendo al suo figlio, ottiene l'intento a cui tendeva il suo delitto, la qual cosa è evidentemente contraria alla morale.

« Osserva per ultimo che dai compilatori del progetto, per essersi sentito che i figli dell'*indegno* od *incapace* non potevano venire alla successione rappresentando la persona del padre, si era messa l'espressione *rappresentare il grado;* non crede però che rimanga tolto l'inconveniente, dacchè non si entra in quel grado se non per farvi la vece della persona che lo occupa e così per rappresentarla.

« Conchiude col ragionamento d'un commentatore del Codice francese: se il figlio può venire alla successione per diritto proprio, non deve essere punito per delitto del padre, ma se, per giungervi deve, per così dire, salire nel grado del padre, essendo questi respinto dalla legge, e divenuto odioso pel suo delitto, il figlio non può essere ammesso (Chabot, sopra l'articolo 730 Cod. civ. fr.).

« Il Relatore dice che la Sezione, nell'adottare l'articolo, è partita da un principio solo, lasciando in disparte le distinzioni piuttosto sottili che sostanziali, fatte dagli autori su questa materia. Il principio è quello, che il figlio non deve essere punito per la colpa del padre, e lo sarebbe se non è ammesso a succedere lui quando il padre fosse escluso per la sua indegnità, imperocchè, non succedendo nè il padre nè il figlio, l'eredità si defferisce ad altri ed il figlio è privato per sempre di quei beni che, senza la colpa del padre, gli sarebbero un giorno pervenuti.

« Il preopinante replica che se si vuole che i figli non abbiano danno per la colpa del padre, allora è d'uopo dire che quando il padre, per aver commesso un delitto, è condannato ad indennizzazione od alle spese di processo che assorbiscono le sue sostanze, non sarà tenuto a pagarle, avvenendo parimente in quel caso che i figli sentano danno per la colpa del padre. Il diritto dei figli è quello di succedere al padre, e, nel modo stesso che, se il padre ha nulla, i figli hanno parimenti nulla, così pure, se il padre si è privato, per un suo fatto, dei beni che potevano spettargli, ne rimangono anche privati i figli.

« Il Guardasigilli dice che è d'uopo fissare il senso della parola *rappresentare;* se con essa s'intende la rappresentazione della persona stessa dell'*indegno* od *incapace*, è evidente che il rappresentante di una persona non può avere diritti che non avesse la persona rappresentata. Ma è poi diverso quando s'intende la rappresentazione del grado della quale ha parlato la Commissione; allora la persona che si trova in quel grado è considerata come non esistente, perchè, tolta di mezzo a cagione dell'*incapacità* o *indegnità*, il grado susseguente entra invece nel grado che precede. Se ne ha un esempio nella successione che spettasse ad una persona dichiarata assente: questa non può succedere, ma il figlio dell'assente, rappresentando il grado del padre, prende la successione che non potrebbe avere se rappresentasse la persona.

« Posta la massima del preopinante, di escludere assolutamente i figli dell'*indegno* quando non vengano per diritto proprio, si avrebbero ingiustizie evidenti.

« Si ponga il caso d'un *indegno* che abbia un figlio ed un fratello, e questo *indegno* sia morto prima che si apra la successione a cui aveva diritto di concorrere col fratello. Non può contendersi che il figlio dell'*indegno* debba allora aver parte nella successione benchè in concorso collo zio non possa venirvi per diritto proprio, ma soltanto per rappresentazione. Laonde, nel caso in cui l'*indegno* sia morto prima che si apra la successione, i figli debbono esservi ammessi, sia che vengano per diritto proprio, sia che vengano per rappresentazione.

« Rimane il caso dell'*indegno* ancor vivo, per cui vi può esser luogo a controversia. È parso alla Commissione che la sorte dei figli non dovesse dipendere dalla vita del padre, cosicchè fosse per essi una disgrazia di avere il padre vivo; non è sembrato neanche coerente alle regole di giustizia che i figli avessero tutto quando il padre è morto, e nulla se è in vita. L'obbiezione più forte gli sembra quella che: *morendo poscia il figlio, il padre avrebbe i beni;* e per risolvere tale difficoltà si potrebbe forse stabilire che: l'*indegno non succederà al figlio in quella eredità*. Ha anche pensato ad un altro temperamento per non invertire le regole della successione, e sarebbe quello di dare soltanto una legittima al figlio, ad esempio di ciò che si è stabilito per la successione testamentaria. Tale pensione l'avrebbe in certo modo per diritto proprio, poichè tiene luogo degli alimenti che si sarebbero dovuti sull'eredità dell'avo.

« Il membro preopinante si accosta all'opinione di dare la legittima ai figli dell'*indegno* o dell'*incapace*, purchè si stabilisca che il padre non potrà succedere loro in tale porzione dell'eredità. Osserva però che questo temperamento non potrebbe applicarsi se non ai casi in cui si tratti dell'eredità di un ascendente, non essendovi alcun diritto di legitima per le eredità dei collaterali.

« Il Guardasigilli dice che nell'art. 33 del presente titolo (*divenuto l'art. 946 del Cod. civ. albert.*) ove occorreva di fissare una porzione equivalente alla legittima per la successione dei fratelli, la medesima fu ragguagliata al terzo della virile; laonde si potrebbe seguire la stessa regola per la questione attuale.

« Un altro membro concorre pure nell'avviso di accordare soltanto una legittima ai figli dell'*indegno* od *incapace;* fa presente che il Codice di Vaud, che è uno dei più recenti, contiene appunto questa disposizione nell'art. 536; però egli entra

formola correlativa di successione *per diritto proprio*. Diremo pertanto che si succede per diritto di rappresentazione quando i successibili di secondo grado vengono alla successione in luogo dei rispettivi genitori, allorchè il posto di questi ultimi si trovi vacante per cause indipendenti dalla volontà dei medesimi; e si succede per diritto proprio quando il posto dei successibili di primo grado si trovi vacante per rinunzia da essi emessa. Differenza che, del resto, in diritto costituendo, pare dovrebbesi abolire, secondochè meglio spiegheremo più innanzi.

Quanto, poi, alla incapacità pel genitore indegno di succedere *ab intestato* ai figli nella quota d'eredità ch'essi avevano raccolto in sua vece, essa presentava un triplice grave difetto:

1° Derogava al principio, costantemente ricevuto, che l'incapacità di succedere ad una persona non impedisce che se ne raccolga l'eredità, non già per via d'interposta persona, ma in qualità d'erede *mediato*.

2° Distingueva irrazionalmente fra il caso in cui il genitore succedesse ai figli *ab intestato* e quello in cui succedesse loro per testamento, limitando l'incapacità alla prima ipotesi.

3° Limitava l'incapacità dell'indegno a succedere, anche, in via mediata, al solo caso di genitore a cui fossero sottentrati i figli; mentre non vi sarebbe stata ragione per non applicarla altresì ad ogni altro caso analogo, a quello, p. es., d'un fratello che dopo aver integralmente raccolto l'eredità del genitore, verso il quale altro fratello si fosse reso indegno, lasciasse poi suo erede universale questo stesso fratello.

Sotto ogni rispetto pertanto appare da approvarsi il sistema del Codice civile italiano, che ammise la prole dell'indegno a sub-ingredire nella quota integrale che sarebbe spettata a quest'ultimo, senza d'altro canto colpire l'indegno d'incapacità di succedere a coloro che raccolsero in sua vece l'eredità di cui si rese incapace.

**77.** Prima di procedere oltre, non sarà inopportuno il segnalare le differenze fra la successione per rappresentazione e la successione per diritto di trasmissione.

Si succede per diritto di trasmissione quando si succede quali eredi di una persona che sia deceduta senz'aver deliberato riguardo ad un'eredità che le si era devoluta.

Il diritto di conseguire l'eredità trasmessa non è quindi che uno dei diritti compresi nell'eredità del trasmittente.

Di qui discende:

1° Che, come dichiara esplicitamente la legge, la rinunzia dell'eredità propria del trasmittente inchiude quella dell'eredità al medesimo devoluta (1); mentre per contro gli eredi, che hanno accettato l'eredità propria del trasmittente, possono tuttavia rinunziare alla eredità al medesimo devoluta, ma non ancora da lui accettata (2).

2° L'incapacità incorsa per effetto d'indegnità dal trasmittente è d'ostacolo ai costui eredi, benchè personalmente capaci, di raccogliere l'eredità, che, senza l'indegnità, si sarebbe devoluta al trasmittente; per contro, l'indegnità dai costui eredi incorsa nei rapporti coll'autore dell'eredità trasmessa non è loro d'ostacolo a raccoglierla se il trasmittente era capace (3).

3° Il diritto di rappresentazione non può mai spettare che a parenti di colui della cui eredità si tratta; per contro, il diritto di raccogliere l'eredità trasmessa può anche competere ad estranei, se il trasmittente abbia fatto testamento e con esso chiamato a succedergli persone estranee (4).

**78.** I casi che possono dar luogo al diritto di rappresentazione sono la premorienza, l'assenza e l'indegnità incorsa da alcuno dei successibili prossimiori.

Alla *premorienza* è da pareggiarsi la *commorienza;* così se in un comune disastro siano periti un padre ed un figlio senza che sia possibile constatare quale sia morto prima e quale dopo, la prole che il figlio abbia lasciata superstite succederà per diritto di rappresentazione all'avo non meno che se il figlio fosse indubbiamente all'avo premorto. Nè rileva che, nell'or accennata ipotesi, per presunzione di legge, il padre ed il figlio si ritengono morti ad un tempo, e non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro (5); questa giuridica condizione di cose, lungi dal fare ostacolo, apre appunto l'adito all'esercizio del diritto di rappresentazione, inquantochè, come già avemmo replicatamente occasione di osservare, chi succede per diritto di rappresentazione non fa valere diritti che effettivamente ed in concreto appartengano al rappresentato, ma sottentra a quest'ultimo quando il medesimo, come nel caso in disamina, è impedito di succedere.

**79.** La successione per diritto di rappresentazione, quando il successibile prossimiore sia assente, oltre all'essere conforme ai principii generali del diritto, è testualmente sancita dall'art. 43 del Codice civile, disponente che: " aprendosi una successione alla quale sia chiamata in tutto od in parte una persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, *salvo il diritto di rappresentazione* „.

Alla rappresentazione si fa luogo non solo in caso d'assenza giudizialmente dichiarata, ma sempre quando *non consti dell'esistenza* del successibile di primo grado; ciò esigendo la lettera e lo spirito della legge (6).

**80.** Abbiamo accennato, come terzo caso inducente la rappresentazione, l'indegnità incorsa dal successibile prossimiore. Veramente l'art. 734 del Cod. civ. accenna con formola generica all'*incapacità* quale causa possibile del diritto di rappresentazione; ma ove si avverta che, all'infuori dell'incapacità per indegnità, le incapacità di succedere per legge sono limitate all'inesistenza e alla mancanza di vitalità, e che è assurdo il parlare di discendenti di tali incapaci che a questi sub-ingrediscano, si parrà manifesto che la locuzione della legge, per quanto generica, deve necessariamente rimaner circoscritta agli indegni.

**81.** I tre casi fin qui accennati sono i soli che possano dar luogo al diritto di rappresentazione. In ispecie, il medesimo non è ammesso qualora il posto d'uno dei successibili di primo grado rimanga vacante per rinunzia da questo emessa.

" Nessuno, dice in termini espliciti l'art. 947 del Codice civile, succede rappresentando un erede che abbia rinunziato „. Supposto pertanto che un padre lasci due figli, se uno di questi rinunzia, i suoi discendenti non possono pretendere di prenderne il posto; la quota ereditaria rinun-

nel sentimento del membro preopinante sul doversi stabilire ulteriormente che il padre sarà escluso dal poter succedere al figlio in tale porzione dell'eredità.

« È commesso al relatore, di concerto col membro che ha principalmente combattuto la disposizione, di preparare un articolo modificato nel senso delle precedenti osservazioni » (*Motivi del Cod. civ. albert.*, II, p. 180 e seg.).

(1) Art. 941 Cod. civ.

(2) Art. cit.

(3) Ricci, n. 30*bis*; Fulci, § XX; Buniva, p. 49.

(4) Pacifici-Mazzoni, n. 48.

(5) Art. 924 Cod. civ.

(6) Pacifici-Mazzoni, n. 54. V. però Borsari, § 1578.

ziata si accresce all'altro fratello. È solamente nel caso che ambi i figli rinunzino che i loro discendenti sono ammessi a sottentrare; " in questo caso, soggiunge il citato disposto di legge, essi sottentrano per diritto proprio e succedono per capi ".

Di fronte alle considerazioni che abbiamo avuto l'occasione di svolgere precedentemente intorno all'intima natura e carattere del diritto di rappresentazione, ci pare dimostrato come i discendenti di secondo grado avrebbero dovuto venir ammessi a succedere per diritto di rappresentazione anche quando il posto del successibile che li precede si fosse reso vacante per rinunzia da quest'ultimo emessa. Se i cosidetti *rappresentanti* succedono in realtà ed in sostanza per un titolo proprio; se essi non possono venir pregiudicati dai fatti per i quali il rappresentato è divenuto inetto a succedere; se la rinunzia, lungi dall'essere atto dispositivo dell'eredità per parte del successibile, è atto di natura diametralmente contraria; se la successione per istirpi, concomitante alla successione cosidetta per rappresentazione, s'inspira a considerazioni di suprema equità e giustizia, ci pare che, logicamente, la rappresentazione avrebbe dovuto venir ammessa anche in caso di rinunzia (1).

**82.** La rappresentazione non ha luogo che nella linea retta discendente e nella linea collaterale fraterna. Essa non ha luogo tra ascendenti; il prossimo esclude gli altri; e ciò in base alla legge di natura per cui l'affetto discende ma non ascende; ed è senza paragone più vivo l'amore ai nostri ascendenti immediati che a quelli di grado più remoto (2).

In un caso soltanto ha luogo *un'apparenza* di diritto di rappresentazione tra ascendenti, quando cioè, a parità di grado, si trovino disuguali di numero nelle due linee paterna e materna; poichè, in questo caso, come *la stirpe* per i discendenti, così *la linea* per gli ascendenti, rivendica l'intiera quota che avrebbe spettato al premorto. Per es., se taluno deceda lasciando superstiti l'avo paterno nonchè l'avo e l'avola materni, la sua eredità si dividerà non in tre ma in due parti, di cui una all'avo paterno, l'altra agli avo ed ava materni, fra entrambi.

Dicemmo però che qui non si verifica che un'apparenza di diritto di rappresentazione, inquantochè, come meglio vedremo più innanzi, la *rinunzia* degli ascendenti di primo grado, cioè dei genitori, non impedirebbe la devoluzione dell'eredità agli ascendenti ulteriori coi criterî suaccennati.

Parimente, nella linea collaterale, essa non ha luogo che tra zii e nipoti, pro-zii e pro-nipoti; trattandosi di collaterali più lontani, cioè di cugini, la rappresentazione non è più ammessa, il prossimo in grado esclude gli altri, sia in omaggio alla legge di natura, che anche qui si verifica, per cui in quella parentela meno prossima il maggior affetto è determinato dalla vicinanza del grado, sia anche per una considerazione economica, ad impedire, cioè, un soverchio frazionamento del patrimonio, quale si verificherebbe se, aprendosi una successione a favore di collaterali, fossero ammessi a raccoglierla non solamente i prossimiori, ma anche i discendenti di predefunti (3).

**83.** Alla rappresentazione in linea discendentale e nella linea collaterale fraterna sono comuni le seguenti norme:

1° La rappresentazione ha luogo *in infinito*, ossia senza

---

(1) Cavallaro-Freni, p. 147; Gianturco, op. cit. p. 45 e seg.; Fulci, § XXIII; Pacifici-Mazzoni, n. 54. V. però Ricci, n. 32.

(2) Cavallaro-Freni, p. 155; Buniva, p. 57; Pacifici-Mazzoni, n. 50.

(3) Ricci, n. 38; Cavallaro-Freni, loc. cit.; Buniva, loc. cit.; Pacifici-Mazzoni. loc. cit.; E. Barone nel *Filangeri*, IX, 234; App. Napoli, 21 marzo 1873, Cappuccio-Martello (*Ann.*, VII, 2, 97); App. Napoli, 17 dicembre 1884, Capece-Caleota c. Pellicia, confermata dalla Cassazione di Napoli con altra sentenza 22 giugno 1885 (*Giur. it.* 1885, 2, 297 e 1, 1, 624). Per la loro importanza si riporta qui per intero il testo di queste due ultime sentenze:

— *a)* Sentenza della Corte di appello.

« Considerando che nell'art. 722 del vigente Codice è sancito che la legge nel regolare la successione *considera la prossimità della parentela*. Se non vi fosse altra disposizione che questa, i figli del *de cujus* escluderebbero dalla successione i discendenti di altri figli premorti, come i fratelli del *de cujus* escluderebbero i figli delle sorelle o fratelli predefunti, imperocchè, essendo *tot gradus quot generationes*, si appalesa innegabile che i figli del *de cujus* sieno più prossimi a costui dei figli *ex filio*, come i fratelli più prossimi dei figli *ex fratre vel sorore*. Ma il legislatore presumendo che in alcuni casi i figli di congiunti predefunti fossero prediletti dal *de cujus*, ugualmente che i loro genitori, sicchè usando ad essi un trattamento diverso nella successione, si farebbe opera non equa, fu sollecito pel divisato fine a riconoscere un istituto, già antico, il diritto val dire di rappresentazione, la cui mercè i rappresentanti entrano nel luogo, grado e diritto dei rappresentati. E così, traducendo in formali sanzioni i suoi concetti, venne a statuire che la rappresentazione avesse luogo in infinito nella linea retta discendentale, non si verificasse nella linea degli ascendenti, e dovesse nella linea collaterale imperare in vantaggio dei figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del *de cujus*.

« Nei tre articoli 730, 731 e 732 del Codice civ., ciascuno relativo a ciascuna delle tre linee, non si legge sillaba circa i rimanenti congiunti collaterali. Invece nell'art. 742 è sanzionato, che morendo alcuno senza lasciar prole, nè genitori, nè ascendenti, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da essi, la successione si apre a favore del congiunto e dei congiunti più vicini al *de cujus*, riproducendo in simile guisa per i collaterali che non fossero discendenti di fratelli o sorelle predefunti dal *de cujus* il principio della prossimità della parentela proclamata nell'art. 722.

« Se dunque il legislatore, dopo avere stabilito in via di regola nella successione intestata la *prossimità* della parentela e non la sola qualità di parente, e se per derogare a tale norma generale fece ricorso ad un istituto che i passati legislatori e la scuola, quasi unanime, definirono *finzione di legge*, stabilendo i casi in cui cotesto istituto dovesse aver luogo, non è lecito estenderne la portata, tra perchè il diritto di rappresentazione è una eccezione in rispetto alla regola della prossimità della parentela, e per ciò stesso non estendibile ad altri casi, e perchè le finzioni di legge sono di stretta interpretazione per concedersi al solo legislatore poterle foggiare.

« Per esser persuasi che la rappresentazione non a torto sia una *fictio juris* basta notare che secondo la realtà delle cose il rappresentante non è il rappresentato, ed è la *vis juris* che mette il primo nel posto del secondo, fingendo che l'uno fosse l'altro per dare all'uno i diritti dell'altro.

« Non sussiste contrariamente alla pretesa degli appellanti, nè può sussistere in tema di successione legittima un *subingresso*, che non avvenga per effetto della rappresentazione, e niuno ignora che negli scrittori di diritto patrio la *subingressio* si adopera a significare la *repraesentatio*. Un diritto di subingresso, indipendente dal diritto di rappresentazione riconosciuto e regolato dal Codice civile, non si scorge sanzionato in alcuna legge per aspirare alla *dignità* di un diritto civile successorio.

« L'essersi invece creato un diritto di rappresentazione e l'averlo applicato nel rapporto di figli o genitori ribadisce che non si ammette fra questi un diritto di subingresso fuori il concetto della rappresentazione.

« Il modo poi di disporre adoperato dal legislatore non offre argomento veruno per trarne indirettamente che il diritto di rappresentazione non rivesta natura eccezionale. Il legislatore in tre articoli distinti si occupa del diritto di rappresentazione in ciascuna linea, onde non può dirsi che averlo negato alla linea degli ascendenti significhi che si sia concessa alle altre quando di queste si è singolarmente trattato. Anzi nell'art. 742 vi è un poderoso argomento indiretto che esclude la rappresentazione nei collaterali, che non sieno discendenti di fratelli o sorelle del *de cujus*, ed è la limitazione della suc-

**limitazione di gradi. È vero che questa formola è dalla legge adoperata soltanto riguardo alla rappresentazione in linea discendente; ma quanto alla linea collaterale dicendosi che essa ha luogo a favore dei figli *e discendenti***

cessione di tali collaterali fino al decimo grado. Se in effetti il diritto di rappresentazione si è ammesso in infinito per i discendenti di figli e di fratelli o sorelle del *de cujus* non si saprebbe intendere la ragione per la quale sarebbesi limitato al decimo grado per i collaterali ulteriori. Non contraddice alla interpretazione ristrettiva del diritto il richiamo che a questo si fa in alcuni altri casi.

« È chiaro che tanto nella successione dell'assente e dell'indegno, quanto a proposito della successione testata non si deroghi in alcuna maniera alla natura eccezionale della rappresentazione, giacchè nel caso dell'assenza e della successione testata si richiama il diritto di rappresentazione ai sensi degli articoli 730 e 732 Codice, non potendo aver luogo se non nei limiti in questi segnati, e nel caso dell'indegnità è una misura di equità più eccezionale dello stesso diritto di rappresentazione, non volendosi che l'indegnità, senza cui un erede avrebbe avuto parte alla successione, debba indirettamente nuocere. Arrogi che se il diritto di rappresentazione fosse regola e non eccezione, il legislatore non avrebbe dichiarato di ammetterlo proprio nei casi in cui era più naturale doversi applicare, nei casi, val dire, dei figli di discendenti e di figli di fratelli. La dizione adoperata nell'art. 742 di *congiunti o dei congiunti* più vicini non rivela un principio contrario.

« Esso ripete, come un'eco storica, il capo 3 della Nov. 118 di Giustiniano, nella quale stabilito che in mancanza di fratelli o sorelle e di costoro figli succedevano gli altri collaterali in modo che « viciniores gradus ipsius reliquis praeponantur », si soggiunge: « Si autem plurimi ejusdem gradus inveniantur, » secundum personarum numerum inter eos haereditas divi- » ditur, quod in capita nostrae leges appellant ». In altri termini, con le parole *congiunto* o *congiunti* piacque rifermare il principio, avuto in mira col capo terzo, e che esclude la rappresentazione, darsi in parte uguale agli altri congiunti che, pur discendendo in numero disuguale da diversi collaterali, si trovino nello stesso grado. In ogni evento con le parole *congiunto* o *congiunti* è piaciuto esemplare ciò che suole accadere, che cioè il successibile sia uno o più. Una espressione alla perfine non corretta non potrebbe mutare un concetto sanzionato in maniera ben chiara; dicasi il medesimo delle parole *succedere* ed *aprire* usate negli articoli 742 e 736 del Codice civile.

« Gli appellanti non paghi dell'interpretazione, che si studiano di fondare sulle parole della legge, fanno richiamo al concetto che informa lo statuto successorio vigente, sostenendo essere regola in questo il diritto di rappresentazione, e che dell'affetto presunto del *de cujus* non siasi tenuta ragione. Malgrado le elaborate indagini, non possono eziandio in ciò meritare ascolto. E di vero.

« È noto che nel diritto romano antichissimo la successione intestata ebbe a scopo la conservazione della *famiglia* intesa secondo il gius antico, costituita, val dire, da *suità* e da *agnati*, ed era legge che in difetto di *eredi suoi* succedesse l'agnato *prossimo*. Diritto di rappresentazione non ve ne era; e se nella linea discendentale il *nepos* concorreva per le Dodici Tavole con gli zii alla successione dell'avo, accadeva per virtù del principio di suità, che si estendeva a tutti coloro i quali, vivendo *sub potestate* del *de cujus*, si appalesavano per tal rapporto uguali e partecipi al dominio del patrimonio del *pater familias*. Era quello un periodo in cui l'elemento individuale veniva mondo del diritto in forma tutto affatto personale, quasi cioè spoglio dell'elemento sociale che lo regolasse.

« Più tardi il pretore, con l'editto *unde liberi* gittò il seme di ciò che dapprima si disse *successio in stirpes* e poscia in tempo meno remoto diritto di rappresentazione, chiamando a concorrere con gli zii i figli dell'emancipato defunto, i quali non si ritrovassero, all'epoca della costui morte, nella potestà del *de cujus*. Gli imperatori Valentiniano e Teodosio estesero la *successio in stirpes* ai nipoti nati da figlie. Fin qui non vi può esser dubbio che la prima traccia della *successio in stirpes*, della rappresentazione, fosse stata un favore singolarissimo.

« La *famiglia* intanto ebbe la sua giuridica evoluzione, prevalendo sull'elemento personale e meramente individuale nel diritto l'elemento reale e sociale.

« Svanita la *potestas* personale del *paterfamilias* e con essa la suità, subentrò in buona parte la legge a regolare immediatamente e direttamente le esplicazioni della famiglia, l'elemento, val dire, sociale. E non potendosi regolare con la suità e l'agnatismo la successione intestata, si accettò un nuovo principio meno personale dell'arbitrio della patria *potestas*, l'*amore* nella famiglia. Avvenne così che Giustiniano con la sua celebre Novella 118 volle che il *succedant quos defunctus quam maxime amasse censetur*, abolendo le distinzioni di eredi suoi e non suoi, di agnati e cognati. In omaggio al nuovo principio, giusta gli insegnamenti etici di quel tempo, si stimò preferire in primo luogo la linea discendentale, *quia amor descendit*, e poi le linee ascendentali e collaterali, *quia amor si non descendat ascendit et si non descendat nec ascendat in latera vergit*.

« E siccome nella linea collaterale fu reputato che l'amore al fratello ed alle sorelle si estendesse ai costoro figli, così si chiamarono questi, deceduti i loro genitori, a concorrere con gli zii e le zie. Anche qui si scorge che secondo le Novelle 118 e 128 di Giustiniano la *successio in stirpes* (diritto di rappresentazione) aveva il carattere di un *privilegium*, come nella Novella 118 è esplicitamente nominato, una formale e solenne eccezione, che Giustiniano dichiarò di non fare per parenti collaterali ulteriori.

« È inutile vedere in quali e quanti modi nell'organamento della famiglia e della successione entrassero nel medio evo la mascolinità, il maggiorato, il fedecommesso ed il feudo; prerogative di linee ed origine di beni, nelle quali la rappresentazione non poteva aver luogo, avendo quelle istituzioni medioevali tutt'altro fine che l'uguaglianza dei successibili o l'affetto domestico.

« Certo è che sopravvenuta nel 1789 la rivoluzione francese, si spogliò la famiglia delle modalità medioevali, e si fece ritorno quasi completamente alla Novella di Giustiniano ed al principio dell'*amore* che ebbe queste informate. Senonchè mentre nella linea retta fecesi ritorno al principio antico romano del quasi condominio, il Treilhard proclamò che il diritto dei collaterali si fonda su l'affezione che il defunto porta ai suoi più prossimi parenti.

« Per il Codice Napoleone, e quelli che vi si modellarono, dunque rimane escluso, che nella linea collaterale, salvo i fratelli e figli, la rappresentazione sia una regola, tosto che il presunto prediletto è il più prossimo parente.

« Il Codice Italiano da ultimo concorda, come fu notato dalla scuola, sostanzialmente col diritto Giustinianeo nella successione legittima. A modo della Novella 118 distingue i parenti legittimi in discendenti, ascendenti, fratelli o sorelle e discendenti da questi ed in altri, che denomina semplicemente *congiunti*, e dispone per ciascun ordine di parenti, eccetto lievi differenze, nell'identica guisa, non solo, il legislatore italiano accolse il principio che guidò Giustiniano nel sancire le Novelle 118 e 127. Il ministro guardasigilli nella sua relazione legislativa fece questa dichiarazione senza ricevere emendamento od osservazioni in contrario. « Non si disconosce che la legge nel devolvere la successione, deve tener conto delle *affezioni presunte* dell'uomo ». Ed altrove, circa l'articolo 742, « è certo che quanto più la parentela si scosta di grado, altrettanto affievoliscono i *sentimenti di affezione* verso persone che per lo più non si conoscono ».

« Non diverso parere si tenne nella relazione al Senato, nella quale circa la successione legittima e testamentaria è scritto che « la successione legittima, intepretando la *volontà* dell'uomo, si adopera a contemperarne i *presunti* intendimenti con l'interesse del civile consorzio »; ed altrove a proposito del diritto di rappresentazione si legge che questo nella successione intestata muove dalla *presunta volontà* del defunto e giustamente fu derivato da una *finzione legale*.

« Sicchè volgendo un rapido sguardo al corso storico della rappresentazione secondo il diritto classico ed ai motivi che guidavano il legislatore italiano nel regolare la successione

dei fratelli e delle sorelle del defunto, la parola *discendenti* ha pur essa una portata illimitata ed implicitamente corrisponde alla locuzione *in infinito* (1).

Del resto, se, astrattamente, la rappresentazione ha luogo in infinito, praticamente essa non può verificarsi che entro pochi gradi, giacchè, stante la durata relativamente breve della vita umana, è difficile che alcuno possa sopravvivere alla seconda o tutt'al più alla terza sua generazione (2).

2° La rappresentazione ha luogo *in tutti i casi*. Quali siano i varii casi in cui la rappresentazione può aver

---

legittima, si ha che l'interpretazione grammaticale e logica data dalla Corte all'estensione del diritto di rappresentazione è a ritenersi esatta. Il presunto affievolimento dell'affetto del *de cujus* giova ribadirlo, per i congiunti nella linea collaterale i quali non fossero fratelli o sorelle o discendenti da questi, persuase, su tradizioni del diritto comune italico, a sancire che il più vicino esclude il più lontano, non ammettendo diritto di rappresentazione e troncando al decimo grado il diritto a succedere.

« Insegnò Paolo che *minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* (Dig., lib., tit. 3, L. 23).

« Che applicando nella specie la discorsa teoria si scorge manifesto come i primi giudici ben si avvisarono di accogliere la domanda principale dei cugini del defunto principe di Montemiletto, escludendo dalla costui successione i nipoti cugini del medesimo.

« Per questi motivi, ecc. ».

— *b)* Sentenza della Cassazione.

« Attesochè la legge, nel regolare l'ordine della successione nella famiglia del defunto, deve tener conto della natura ed intimità del vincolo di parentela. E su questa base poggia innanzi tutto la distinzione delle diverse classi di eredi legittimi, in alcuna delle quali sono chiamati congiunti diversi per linea e gradi di parentela. Lo stesso principio domina la vocazione, sia nelle singole classi, sia in ciascun ordine di una stessa classe, come accade pel Codice italiano, che chiama nella seconda classe insieme agli ascendenti i fratelli e le sorelle del defunto. In questo secondo rapporto la legge talvolta dà importanza speciale al vincolo che poggia sulle prossimità colla parentela, ossia del grado (art. 722 e 49 Cod. civ.) e talvolta invece al vincolo che deriva dall'appartenenza ad una stirpe collegata al defunto sia per essere stata da lui fondata, sia per essere stata fondata da un comune genitore.

« Quando la importanza del vincolo poggia sulla stirpe, è conseguenza logica che il grado di parentela torni indifferente; ma per conformarsi all'argomento naturale della stirpe, dalla vocazione vanno esclusi quei parenti, i quali sieno preceduti da una persona intermedia, per mezzo della quale sono congiunti al defunto, perchè si compenetra in quella i cui discendenti succederanno a loro volta. Gli è ciò che Giustiniano nella Novella 118 espresse formalmente, che avendo chiamato i discendenti *cujuslibet gradus* soggiunge: « *In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus*, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus ».

« Col principio delle stirpi è determinato il diritto di succedere e la quota per ciascuna stirpe. Se non che traendo argomento da altre locuzioni adoperate da Giustiniano in quella costituzione, fu costruito dagl'interpreti il così detto diritto di rappresentazione, nel quale il titolo di successione fondato sulla stirpe apparisce come una eccezione, presupponendo che la importanza del vincolo di parentela debba necessariamente dipendere dalla prossimità del grado. Siffatta costruzione non ammessa nei Codici germanici è passata nel Codice italiano (art. 722 a 729) per tradizione dei Codici precedentemente in vigore nei diversi Stati d'Italia, e che l'avevano ereditata dal Codice francese.

« Attesochè quale che sia il rapporto teoretico della successione per prossimità di grado con quello per legame di stirpe, gli è certo che la prevalenza dell'uno e dell'altro vincolo debb'essere regolata dalla legge.

« Il Codice civile italiano ha ammesso il diritto di succedere per vincolo di stirpe senza restrizione alcuna nella classe dei discendenti (art. 730) e nell'ordine dei fratelli e delle sorelle (art. 732, 740 e 741) discostandosi per questo dalla Nov. 118, che limitava quel titolo di successione soltanto ai nipoti, ed accogliendo invece la estensione che aveva avuto in molte consuetudini ed in altri Codici, come il prussiano ed il francese, dal quale era passata nella legislazione già in vigore nella penisola.

« Attesochè non si revoca in dubbio che pel Codice francese, come per gli aboliti Codici italiani, la successione degli altri collaterali avesse per base unicamente la poziorità del grado. La rappresentazione. ossia il vincolo della stirpe, nella linea dei fratelli e sorelle trae la sua ragione nella comunanza di vita che ha dovuto sussistere, se non preesistere, fra i capi delle stirpi insieme a coloro che le generarono, il quale fatto non rimane senza conseguenze morali ed economiche nelle stirpi medesime. Per gli altri collaterali, mancando questa base, logicamente fu data la prevalenza alla prossimità del grado, e tanto maggiormente in quanto che, estendendo il subingresso a quella classe, ne sarebbe derivato il polverizzamento e lo sperpero della proprietà, che si lamentano dove impera il Codice austriaco.

« Attesochè i ricorrenti sostengono che il Codice civile italiano abbia mutato per questa parte il diritto anteriore, estendendo il subingresso a tutti i collaterali. Ma dalla relazione del Governo presentata nella tornata del 26 novembre 1863 è espressamente detto:

« La rappresentazione ha luogo tra i discendenti dei fratelli e sorelle come nel primo ordine di successori legittimi. *Fra gli altri* congiunti *non ha luogo la rappresentazione; il prossimo esclude gli* altri ».

« Il testo degli art. 732 e 742 è conforme a questo pensiero, nè vi ha contraddizione di sorta coll'art. 729.

« Quest'ultimo contiene la definizione della rappresentazione, ma non determina i casi di applicazione, i quali sono stabiliti negli articoli seguenti. Ora l'art. 732 espressamente limita la rappresentazione fra i collaterali ai figli e discendenti dei fratelli e sorelle del defunto; ne rileva non trovarsi la parola *soltanto*, poichè la volontà di limitarla emerge dal tenore dell'intero testo, che non potrebbe leggersi in contraddizione di quello che chiaramente esprime. E quanto all'art. 742 esso è tolto di peso dall'art. 940 del Codice albertino, con leggiera variante di locuzione per renderla più corretta grammaticalmente; e dov'era scritto: la successione si apre a favore del più *prossimo o dei più prossimi al defunto*, nel Codice italiano leggesi invece a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto. Basta poi confrontare l'art. 731 cogli art. 739 e 740 per escludere qualsivoglia dubbio, essendo che per lo stesso caso l'art. 731 *parla di prossimo*, l'art. 741 di *prossimi vicini*.

« Nè si potrebbe, senza manifesta petizione di principio, ammettere che fra i congiunti più vicini nell'art. 742 sieno compresi tanto quelli che lo sono per proprio grado, quanto quelli che lo diventino per rappresentazione, poichè ciò presupporrebbe stabilita la rappresentazione, che è in questione e che ad ogni modo è respinta dall'art. 739.

« Attesochè nella fattispecie il defunto principe di Montemiletto Carlo Cantelmo Stuard avendo lasciato superstiti i due cugini resistenti Duca della Regina e Marchese di Rivadebro i giudici di merito escludendo dalla successione i ricorrenti Pelliccia, che sono figli di una cugina premorta, hanno fatto giusta applicazione della legge, ed il ricorso quindi debb'essere respinto.

« Per questi motivi, ecc. ».

(1) Ricci, n. 38; Cavallaro-Freni, p. 152; Pacifici Mazzoni, n. 55.

Il prisco diritto romano non ammetteva diritto di rappresentazione nella linea collaterale; fu primo Giustiniano ad introdurla colla Novella 118, a favore dei discendenti *di primo grado* di fratello premorto, concorrenti con zii o zie. È nota la controversia celebre insorta nella età di mezzo sul punto se nel caso di concorso di soli nipoti da varii fratelli, tutti premorti, all'eredità d'uno zio, essi concorressero per capi o per istirpi. Un Editto del Duca Carlo Emanuele I di Savoia, del 1582, confermato poi dalle R. R. C. C. del 1770 (Lib. V, tit. VI, § 1), statuiva per tale contingenza la successione per capi. Lo stesso disponeva il Codice delle due Sicilie (art. 664).

(2) Borsari, § 1572.

campo di esplicarsi, la legge ha cura di accennare specificamente, e possono così riassumersi:

*a*) Concorso di nipoti con figli o fratelli (1);

*b*) Concorso di soli nipoti, in grado disuguale, da figli o fratelli, tutti premorti (2);

*c*) Concorso di soli nipoti, in grado uguale, ma con disuguaglianza di numero fra i componenti le singole stirpi (3):

*d*) Concorso di soli nipoti, in grado uguale, e con uguaglianza di numero fra i componenti le singole stirpi (4).

84. La rappresentazione è prerogativa della sola parentela legittima. Nella figliazione naturale i rapporti giuridici sono circoscritti fra generante e generato; il figlio naturale non ha diritto sui beni dei congiunti del padre o della madre, come questi congiunti non hanno diritto sui beni del figlio naturale (5). Unicamente in via d'eccezione la legge ammette i discendenti legittimi del figlio naturale premorto a reclamare i diritti che a questo competerebbero sull'eredità del proprio genitore (6), secondochè meglio vedremo a suo luogo.

85. Nella parentela legittima si comprendono anche i figli legittimati ed i figli adottivi (7). Però, siccome l'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottato e i parenti dell'adottante (8), e conseguentemente i figli adottivi e i loro discendenti sono estranei alla successione di tutti i congiunti dell'adottante (9); premorendo il figlio adottivo, i costui discendenti potranno bensì rappresentarlo nella successione all'adottante, ma ove l'adottante premuoia al proprio genitore, il figlio adottivo o i suoi discendenti non potranno invocare il diritto di rappresentazione rapporto alla successione di tale ascendente (10).

86. In ordine alla rappresentazione sono ancora da aversi presenti due principii fondamentali:

1° La rappresentazione non può farsi per salti *et omisso medio* (11). In altri termini, il discendente, che intende esercitare il diritto di rappresentazione, deve, per poter raggiungere l'intento trovare vacante la serie dei gradi ascendentali necessaria a percorrere per giungere al posto che sarebbe spettato al successibile mancante più vicino al defunto. Se nella serie dei gradi trovi una persona ch'egli non può rappresentare, il suo diritto non può ottenere attuazione. Così suppongasi che all'ascendente Tizio siano rimasti superstiti il figlio Mevio ed il nipote, *ex filio Caio praemortuo*, Tullio, e che questi rinunzi alla eredità. Seio, figlio di Tullio, non potrebbe pretendere di rappresentase l'avo Caio nella successione al proavo Tizio, non potendo rappresentare il suo ascendente immediato Tullio, siccome rinunziante (12).

87. 2° La successione per rappresentazione non può associarsi colla successione per diritto proprio. Così suppongasi che Caio e Sempronio, figli di Tizio, abbiano entrambi rinunziato alla costui successione; che Caio abbia un figlio, Emilio, e Sempronio un nipote, Guido, *ex filio praemortuo Antonio*; l'eredità si devolverà esclusivamente all'Emilio, senza che Guido possa aspirare a pareggiarlo colla pretesa di sottentrare al padre Antonio (13), dappoichè, esclusa la successione per rappresentazione, stantè la rinunzia dei due figli immediati, il diritto a succedere è esclusivamente determinato dalla prossimità della parentela e quindi a quella guisa che non potrebbe parlarsi di rappresentazione nel senso che l'eredità si ripartirebbe indubbiamente per capi e non per istirpi fra i discendenti d'ugual grado di Caio e Sempronio, così non può parlarsene nel senso che un discendente di grado più remoto non può pretendere di salire al grado che sarebbe stato occupato da un suo ascendente mancante (14).

88. Come risulta dalle cose sovra discorse, ed è testualmente sancito dall'art. 733 Cod. civ. in tutti i casi nei quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per istirpi, vale a dire i discendenti del figlio o fratello mancante conseguono *fra tutti*, sull'eredità dell'avo, o dello zio, quella sola porzione che sarebbe stata raccolta dal loro ascendente mancante se avesse potuto succedere (15).

Può essere che uno o più dei discendenti immediati del figlio o fratello mancante si trovi pure mancante al momento dell'apertura della successione dell'avo o dello zio, rimanendo però superstiti ulteriori suoi discendenti; è l'ipotesi che la legge formula colle espressioni: *se uno*

(5) Art. 749 Cod. civ.

(6) Art. 748 Cod. civ.

(7) Arg. art. 737 Cod. civ.

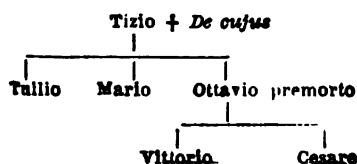
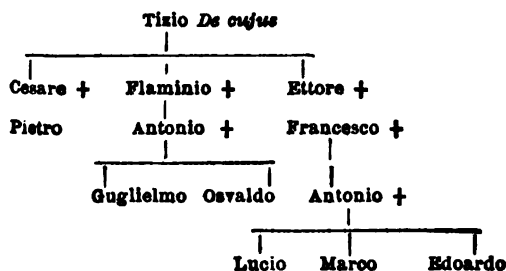
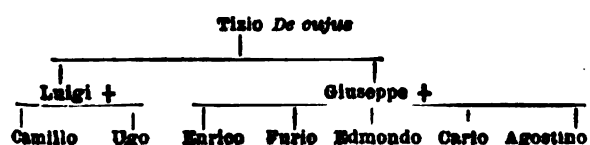
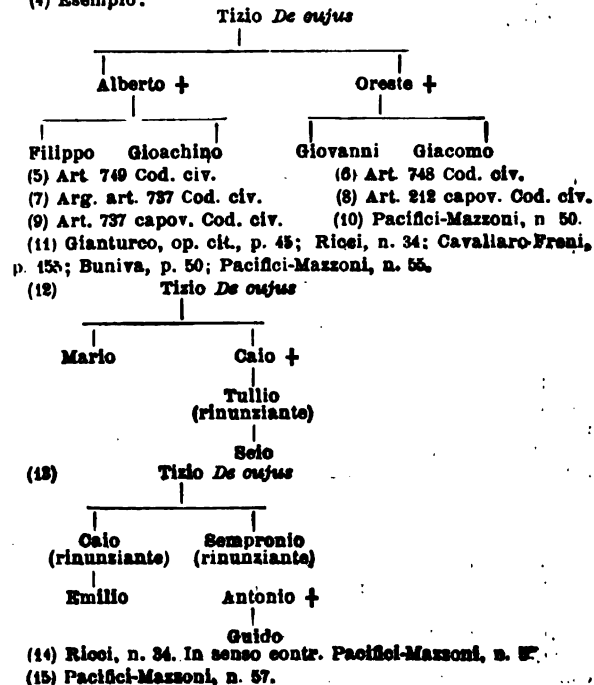
(8) Art. 212 capov. Cod. civ.

(9) Art. 737 capov. Cod. civ.

(10) Pacifici-Mazzoni, n. 50.

(11) Gianturco, op. cit., p. 45; Ricci, n. 34; Cavallaro-Freni, p. 155; Buniva, p. 50; Pacifici-Mazzoni, n. 55.

(14) Ricci, n. 34. In senso contr. Pacifici-Mazzoni, n. 57.

(15) Pacifici-Mazzoni, n. 57.

*stipite ha prodotto più rami;* in questo caso la divisione si fa per stirpi anche in ciascun ramo, e fra i membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi. Così suppongasi che Caio morendo lasci il figlio Tizio, i nipoti Tullio e Ottavio nati da Sempronio, altro suo figlio premorto, e i pronipoti Panfilo e Mevio nati da Siro, terzo figlio di Sempronio, premorto anch'esso a Caio. In questo caso, l'eredità di Caio sarà anzitutto divisa in due parti, l'una per Tizio, l'altra per la stirpe di Sempronio. Questa seconda parte dovrà esser suddivisa parimente per istirpi, ossia in tre parti, l'una per Tullio, la seconda per Ottavio, la terza per la stirpe di Siro; questa terza ed ultima parte sarà divisa per capi fra Panfilo e Mevio. Adunque, concretando la divisione, Tizio avrà $^6/_{12}$ dell'asse ereditario, Tullio e Ottavio $^2/_{12}$ per ciascheduno e Panfilo e Mevio i residui $^2/_{12}$, uno per ciascuno (1).

**89.** Non è impossibile ad accadere che la rappresentanza di più stirpi venga a concentrarsi in una sola e stessa persona: in questo caso naturalmente questo discendente avrà diritto di conseguire tante parti quanti sono gli stipiti che rappresenta. Così suppongasi che all'avo Tizio, oltre al figlio Sempronio, sia superstite il pronipote Angelo, figlio dei premorti Eugenio e Vincenza, rispettivi figli di Ottavio e Luigi, altri figli di Tizio, e pur essi predeceduti Evidentemente Angelo, nella successione al proavo Tizio, è chiamato a rappresentare tanto l'avo paterno Ottavio, quanto l'avo materno Luigi, e conseguirà così due terzi dell'eredità del proavo, in confronto del prozio Sempronio a cui ne spetterà un solo terzo (2).

## CAPO III.

### DELLA SUCCESSIONE DEI PARENTI LEGITTIMI.

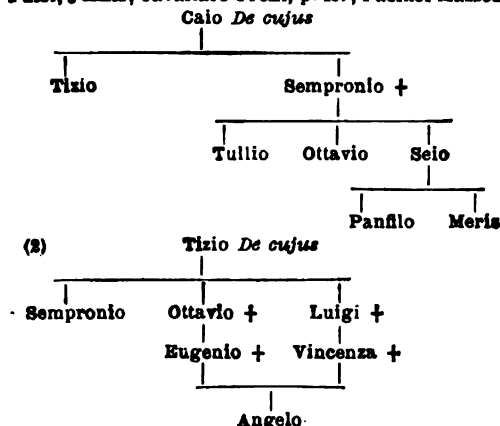


**90.** Conforme pienamente al voto della natura, alla voce del sangue e quindi alla presunta intenzione di chi decede lasciando discendenti legittimi, si è che a costoro si devolvano le sostanze che morendo dismette (3).

A prima giunta però, ove si confronti il disposto del nostro Codice colla statuizione d'un numero grandissimo di testamenti dettati da padri di famiglia in conformità d'inveterate consuetudini ed anche di passate legislazioni (4), parrebbe che la regola assoluta di successione per capi, dei discendenti di primo grado, senza distinzione di sesso

(1) Borsari, § 1575; Gianturco, op. cit., p. 43; Ricci, n. 33; Fulci, § XXII; Cavallaro-Freni, p. 157; Pacifici-Mazzoni, loc. cit.

Caio *De cujus*
Tizio — Sempronio +
Sempronio +: Tullio — Ottavio — Seio
Seio: Panfilo — Meris

(2) Tizio *De cujus*
Sempronio — Ottavio + — Luigi +
Ottavio +: Eugenio + — Luigi +: Vincenza +
Eugenio + e Vincenza +: Angelo

(3) Fulci, § XXIV.

(4) Ecco il testo delle RR. CC. piemontesi del 1770 in argomento (Lib. V, tit. VII):

§ 1. « Per la conservazione delle famiglie, e per il favore della agnazione vogliamo che ogni femmina, alla quale sarà lasciata, promessa o costituita una dote congrua sì da di lei ascendenti paterni, o materni, che trasversali, s'intenda, mediante il pagamento di detta dote, esclusa sì essa, che li discendenti, i quali potessero essere rimasti da lei premorta, benchè non eredi della medesima, e qualunque altro che pretendesse misurare da essa la ragione di succedere, da qualunque successione *ab intestato*, avita, paterna, materna, fraterna, sororina e qualsivoglia altra de' suoi ascendenti e collaterali, come anche dalla legittima, e supplemento di essa, se nel tempo che verrà deferta qualcheduna delle suddette successioni avrà fratelli *utrinque* congiunti, o soltanto consanguinei, o vi saranno figliuoli di essi, o altri discendenti maschi per linea mascolina dei medesimi, li quali sieno in grado di conservare la famiglia, e per la circostanza del proprio stato propagarla; ed a questi dette successioni apparterranno per subingresso secondo la loro prossimità per il fine suddetto.

§ 2. « Sarà anco esclusa, come sopra, quella femmina, la quale, al tempo che si aprirà qualcheduna delle predette successioni *ab intestato* si troverà indotata; volendo che in tal caso le venga da' suddetti suoi prossimiori agnati costituita una congrua dote.

§ 6. « La congruità della dote, rispetto alle maritande, si regolerà a misura della qualità e beni della famiglia, e singolarmente avuto riguardo a quelle che sogliono assegnarsi alle persone di simil grado, secondo la consuetudine del luogo; ma, ove si tratti di femmine già maritate, s'avrà sempre per congrua quella dote, colla quale sieno state onestamente ricapitate ».

I riferiti disposti delle RR. CC. venivano riprodotti, con modificazioni, nel Codice civile albertino, che al riguardo così si esprime:

« Art. 943. Trattandosi di successione al padre od altro ascendente paterno maschio, la porzione di successione che spetterebbe alla femmina o suoi discendenti, eredi o non della medesima, sarà devoluta a titolo di subingresso, e secondo le regole di successione a' suoi fratelli germani o loro discendenti maschi da maschi ove esistano, e in difetto di fratelli germani e loro discendenti maschi, a fratelli consanguinei e loro discendenti maschi da maschi come sopra. Tale subingresso non avrà però luogo che in favore di que' fratelli o discendenti da essi, che saranno in grado di conservare la famiglia e per la circostanza del proprio stato propagarla.

« Art. 945. Trattandosi della successione alla madre, avrà pur

**come è sancita dal nostro Codice, meno s'accordi colla verosimile intenzione del defunto od anche coi principii di giustizia e di convenienza.**

**Se invero (può dirsi) è ragionevole presumere che il padre di famiglia sia sollecito del decoro, del prestigio, della floridezza della propria casa, non può supporsi ch'egli voglia**

luogo la stessa disposizione riguardo alle figlie e loro discendenti, ma solo in favore dei fratelli germani e loro discendenti maschi da maschi.

« Art. 946. Quelli ne' quali, a termini de' tre articoli precedenti, sarà devoluta la porzione di successione cui era chiamata la femmina o suoi discendenti, saranno tenuti a corrispondere alla medesima o suoi discendenti una porzione equivalente alla legittima depurata da ogni debito o peso.... sotto deduzione però... di quanto già avessero conseguito sul patrimonio del defunto a titolo di dote, o che fosse altrimenti soggetto a collazione.

« Sarà in libertà di quelli che profitteranno del subingresso di pagare l'ammontare di detta legittima, o quota virile, o in danari, o in stabili ereditari a giusto estimo. Sino a che ne sia seguito come sovra il pagamento, la femmina e suoi discendenti saranno considerati comproprietari dei beni ereditari.

« Art. 947. Qualora la femmina che chiederà giudicialmente la legittima, od il supplemento d'essa, fosse stata dal defunto dotata in occasione di matrimonio da essa contratto, se l'ammontare di detta legittima verrà a risultare inferiore alla dote ricevuta o promessa, si farà luogo alla riduzione di questa in favore degli escludenti, a' quali sarà tenuta la femmina anzidetta a rappresentare quanto avesse ricevuto oltre all'ammontare di detta legittima; lo stesso sarà de' discendenti od aventi causa dalla medesima.

« Nel caso in cui l'ammontare della legittima risulti inferiore alla dote stata costituita, si farà bensì luogo al supplemento di questa sino al compimento integrale della legittima, ma allora soltanto, che l'ammontare della dote sia inferiore d'un sesto.

« E tanto nell'uno che nell'altro caso soccombendo nel giudizio la femmina od i suoi discendenti od aventi causa, saranno i medesimi condannati nelle spese della lite.

« Art. 948. Astenendosi però dalla sovraddetta domanda, la dote costituita, quantunque superiore alla legittima, non sarà soggetta a riduzione, salvo nel caso che eccedesse la porzione di cui il dotante avrebbe potuto disporre, avuto riguardo al patrimonio dal medesimo posseduto sia al tempo della fatta costituzione dotale, sia a quello del suo decesso, e così senza far caso delle diminuzioni, che fossero accadute posteriormente a detta costituzione dotale ».

È importante il conoscere le discussioni che ebbero luogo in occasione dell'elaborazione dei riferiti disposti del Codice albertino.

Il Senato di Savoia vi si dichiarava in maggioranza contrario ed accennava a preferire il sistema della perfetta eguaglianza tra figli e figlie.

« En s'occupant du sort des filles (così il Senato) sous le rapport des droits de successibilité, trois systèmes de législation ont fixé l'attention du Sénat:

« 1° Celui d'exclusion par les RR. CC., L. 5, tit. VII, § 1, 2, 3, 4, 6;

« 2° Celui de la vocation des filles, tracé dans la Nouvelle 118;

« 3° Celui admis par le projet qui participe, suivant les divers cas, de l'un ou l'autre des deux premiers systèmes.

« Des membres du Sénat ont pensé que la législation des RR. CC. était préférable, non seulement comme plus en harmonie avec les principes monarchiques, puisqu'elle tendait à la conservation des biens dans les familles, mais encore parce qu'elle obviait aux nombreux procès auxquels donnerait lieu la vocation des filles à une légitime, dès surtout que les renonciations seraient sans effet.

« D'autres ont donné la préférence au système adopté par le projet, système qui, en améliorant le sort des femmes, qui auront toujours droit à une légitime, a néanmoins rendu hommage aux principes conservateurs des familles.

« Mais la majorité a été d'avis, qu'il serait plus convenable d'admettre les dispositions de la Nouvelle 118, plus en rapport avec les sentiments de la nature; elle a remarqué que cette vocation n'aurait rien de contraire aux principes monarchiques, puisque les pères auraient toujours la faculté de détruire l'égalité dans les partages, en disposant en faveur d'un ou de plusieurs de leurs enfants, jusqu'à concurrence de la quotité disponible; que, si le système de l'agnation prévenait quelques procès dans les familles, il n'avait pas l'avantage de les empêcher entièrement; que le même inconvénient se présentait dans le système du projet, parceque la fixation de la légitime accordée aux filles pour prix de leur exclusion, donnerait souvent lieu à des contestations.

« La majorité a aussi considéré qu'un système d'amélioration du sort des filles semblait une convenance de l'époque à fin de mettre notre législation en rapport avec celle des divers États voisins et de multiplier dans chaque cité les relations de famille à famille par des alliances; besoin qui se fait d'autant plus sentir aujourd'hui en Savoie, que, dans toutes les classes de la société sans distinction, l'usage s'est introduit d'aller se marier à l'étranger, usage dont les conséquences, appréciées sous un point de vue politique, pourraient bien avoir des inconvénients ».

Il Senato di Piemonte, per contro, approvava intieramente le proposte disposizioni:

« Ottime e degne di somma considerazione riconobbe il Senato le disposizioni dei tre articoli sopra citati, siccome quelle che correggono l'eccessivo rigore della Regia legge a riguardo delle *sorelle e loro discendenti*, senza cadere nel contrario eccesso di eguagliarle per intiero ai *fratelli e loro discendenti maschi da maschi*, i quali, avendo principalmente volte in loro favore le affezioni degli ascendenti, e concorrendo con questi alla conservazione ed aumento delle sostanze famigliari, meritano un particolare riguardo nella distribuzione delle medesime.

« Oltre di che, essendo per lunga ed inveterata consuetudine profondamente radicato negli animi dei popoli subalpini il favore e privilegio dell'*agnazione*, se tutto ad un tratto si dipartisse il legislatore da questo sistema ed abbracciasse il contrario, correrebbe rischio di fare opera indarno, poichè la nuova legge pugnando di fronte coi costumi dei sudditi, darebbe loro appicco e potente incentivo a cercar ogni via e modo di farvi frode e diventerebbe per ciò solo *impolitica* ed anche *immorale* ».

Il Senato di Genova tornava ad alzar la voce in favore dell'eguaglianza successoria dei fratelli e sorelle:

« Il diritto (così esso), che in questa parte del progetto è attribuito ai fratelli di escludere le sorelle dalle successioni ivi indicate, sarebbe una continuazione di quello già stabilito a loro favore nelle RR. CC. Ma quando fu introdotta nel Piemonte questa legge, si trovava già in tutta l'Italia diffuso e da molti statuti locali ammesso il sistema della esclusione delle femmine in favore degli agnati; nè gli Augusti Regnanti della Casa di Savoia furono certamente i primi a dare l'esempio di cotale innovazione al diritto comune. Ora però le cose si trovano in una posizione assai diversa, poichè nella maggior parte d'Italia, anzi d'Europa, sono aboliti que' statuti di eccezione, ed è ripristinato il principio delle leggi di Giustiniano, che pareggia le femmine ai maschi nella successione dei loro parenti.

« Parlando ai saggi, il Senato non intende di discutere le molte ragioni che stanno in favore o contro l'uno o l'altro dei sovra detti sistemi. Dirà solo che le opinioni furono su questo punto divise nel suo seno, e che parecchi suoi membri sono d'avviso di adottare le disposizioni dell'attuale progetto.

« La maggiorità però osservava all'incontro, che, eguali essendo così nei maschi, come nelle femmine, nell'ordine della natura, i vincoli del sangue, la legge civile non dovrebbe far differenza nei loro diritti, senza un'evidente e grave ragione di pubblica utilità; che è bensì saggio il disegno di provvedere alla conservazione delle famiglie, solo fine cui mira il diritto accordato ai fratelli dal subingresso nelle ragioni delle sorelle, ma che ad ottenere un tale intento non sembra necessario di mantenere nella legge una tanta parzialità per i maschi; che ciò apparisce dimostrato dall'esperienza negli Stati, dove, in virtù sia d'antiche, sia di moderne legislazioni, fu conservata ed introdotta la eguaglianza fra i due sessi, senza che perciò siansi verificati gli inconvenienti che se ne temono; che lo

**che al suo retaggio abbiano a prender parte in egual misura coi maschi le femmine che, chiamate a passare in famiglia estranea, vi apporterebbero una porzione relativamente cospicua del patrimonio paterno, cosicchè, smembrati i retaggi, resosi insufficiente l'asse rimasto ai maschi alla loro convivenza in comune, facilmente i singoli appartenenti si disso-**

---

scapito, che può arrecare al patrimonio d'una famiglia lo staccarne una parte a favore d'una femmina, che ne esce, e la porta in altra casa, trova il naturale suo compenso in ciò che introduce nella stessa famiglia un'altra femmina nelle vicendevoli unioni matrimoniali; reciprocità che può in totale da sè bastare a mantenere l'equilibrio e la conservazione delle fortune private; che quello che farebbe la legge, stabilendo l'esclusione di cui si ragiona, lo può fare la persona che trasmette l'eredità col mezzo del testamento, ed i pochi casi che possono occorrere, nei quali taluno sia prevenuto dalla morte prima d'avere fatto le sue disposizioni d'ultima volontà, dalle quali i maschi conseguissero quel vantaggio, che il progetto loro assicura col mezzo del subingresso, non sono un sufficiente motivo per determinare il legislatore a perpetuare con un Codice un sistema di esclusione che sembra generalmente proscritto ».

Il Senato di Nizza avrebbe voluto che si rimanesse fedeli alle disposizioni delle RR. CC.

La Commissione di legislazione dava ragione del progetto da essa formolato, e rispondeva alle osservazioni in diverso senso mossegli:

« Consultando la voce della natura e l'intimo sentimento, parve alla Commissione troppo rigido il disposto di quella legge (RR. CC.) che esclude, benchè mediante una dote, le femmine e loro discendenti da qualunque successione *ab intestato, avita, paterna, materna, fraterna, sororina* e qualsivoglia altra dei loro ascendenti e collaterali, come anche dalla *legittima* e supplemento di essa, in favore dei *fratelli* e discendenti dei medesimi *maschi* di *maschio*.

« Rivolgendosi poi all'origine di tale legge di esclusione, la Commissione ha dovuto avvertire che la medesima si ritrae dalle varie disposizioni statutarie introdottesi nei Comuni italiani ordinati e forniti di leggi dopo la seconda barbarie. E non sembra potersi dubitare che quei *legislatori municipali* desumessero l'idea di queste leggi dagli istituti dei longobardi, i quali allora rimanevano in certa forza di tradizione ed uso e per cui le *figlie* non si riputavano espressamente successibili in concorso di *fratelli maschi* e soggiacevano a grande diminuzione anche quando concorrevano coi figli *naturali* (L. 1, lib. 1, *di Liutprando* presso il Muratori, *Rer. italic. script.*, tom. 1, par. 2).

« Sarebbe superflua l'indagine delle vicende della legislazione escludente la femmina nell'antico orbe romano, ma è bene per altro l'aver presente che la legge Voconia, promulgata nell'anno 129 di Roma, e concepita soltanto di certi casi speciali, era una legge dettata piuttosto dall'idea di reprimere certe esuberanze di lusso, che non ispirata da veri e gravi motivi d'ordine pubblico. E, da quanto si legge nella dichiarazione istorica del diritto di successione rispetto alle donne fatta da Giustiniano nel tit. 2, lib. 3, delle sue Istituzioni (*De legitima adgnatorum successione*), *commodius videbatur ita jura constitui ut plerumque hereditates ad masculos confluerent:* salvo ciò che per eredità pretoria alle donne si concedeva, mediante la possessione dei beni, che chiamavasi *unde cognati*.

« Ma una condizione più inoltrata di civiltà, un ritorno più esplicito all'ordine delle affezioni all'uomo connaturali promossero l'abolizione di quella esclusione, siccome venne più espressamente da Giustiniano sanzionata.

« Trattandosi finalmente della sostanza della legge, non poteva sembrar certo che una sì ampia esclusione delle femmine fosse richiesta da una positiva pubblica utilità, poichè o i beni restino tutti nella stessa famiglia, o ne passi in un'altra per mezzo delle femmine una porzione, sono sempre entro lo Stato, rispetto al quale, siccome riguardo al Sovrano, non vi può essere distinzione tra agnati e cognati, e non si conservano le famiglie colla esclusione meglio di quello che conservar si possano con l'ammessione delle femmine all'intestata successione.

« Il privato vantaggio degli escludenti le femmine, oltre che non sarebbe giusto motivo di una esclusione massimamente così ampia, verrebbe compensato coll'ammessione delle medesime. Ciò che una femmina toglierebbe allora alla famiglia, della quale è fine, un'altra lo porterebbe nella nuova famiglia cui dà principio.

« Le circostanze de' tempi e de' luoghi non permisero forse al Sovrano il deviare ad un tratto dalla rigida esclusione delle femmine prescritta dagli statuti municipali, ma qualche correzione e qualche mitigazione di principii ne venne dal fatto istesso, per cui quelli si ridussero in legge generale.

« Una tale modificazione per altro sembrare doveva nello stato attuale delle cose troppo ristretta; escluse le femmine dalla legittima e dal supplemento di essa, dovevano contentarsi d'una dote congrua, ed era *congrua* la dote sempre che le zitelle potessero dirsi *onestamente ricapitate*, al che poco si richiedeva. Ora qui tosto si affacciava un riflesso: lo stato patrimoniale del marito, tutto che reale al giorno del matrimonio, si conserverebbe sempre lo stesso sino al dì della morte? L'ordine istesso morale delle famiglie richiedeva che la madre non si trovasse ridotta ad una condizione così lagrimevole ed a vedersi così spesso rimessa alla discrezione dei figli.

« Le maggiori nazioni d'Europa non ricusano nelle loro leggi alle femmine una giusta parte nella successione legittima degli ascendenti e dei collaterali. I Regii Stati di terraferma collocati tra il Regno Lombardo-Veneto e quel di Francia, in amendue dei quali è ignota l'esclusione delle femmine, si trovavano sotto questo aspetto in una disparità assoluta di diritto coi loro vicini. Il resto della penisola o segue norme simili a quelle dell'Austria e della Francia, come il Regno delle Due Sicilie ed i ducati di Parma e Piacenza, o vide almeno importanti modificazioni in favore delle femmine introdotte nelle antiche leggi.

« Tale fu il divisamento del Granduca di Toscana Ferdinando III, nella sua legge *delle intestate successioni* del 18 agosto 1814 e tale pur quello del Papa Pio VII nel suo *Motu proprio* del 6 di luglio 1816.

« La Commissione diretta dal pensiero di conservare quanto più fosse conciliabile col principii d'una vera equità l'antico Istituto delle leggi piemontesi, e convinta della ragionevolezza di non più lasciare le femmine nello stato di assoluta esclusione in cui, per le sue antiche leggi si trovavano, ha preso una via non dissimile da quella segnatale dalle precitate pontificie e toscane leggi.

« Nè consigliandosi di mitigare alquanto il rigido precetto di esclusione delle femmine, la Commissione potè credere di far cosa meno conforme ai principii d'uno Stato monarchico. Anzi non iscorge come l'esclusione anzidetta abbia qualche connessione con tali principii. Le premesse considerazioni dimostrano già che la condizione delle famiglie non si muta essenzialmente per l'ammessione delle femmine ad una parte congrua di successione. L'origine degli statuti escludenti è tutta repubblicana, nè fra i caratteri proprii dei governi monarchici, quali furono quelli segnati dai più gravi politici, e sopratutto dal Montesquieu, si rinviene quello, per cui convenga di spogliare le femmine di ogni diritto di successione agli ascendenti o collaterali mediante una dote (1); e con tanta maggior fiducia dovette il Legislatore venire in questi pensieri di migliorare la condizione delle femmine nelle successioni, in quanto può anche vedersi in ciò un ritorno agli antichi usi della Savoia e del Ducato d'Aosta, dove, prima dell'introdu-

---

(1) Anzi l'opinione di Montesquieu è diametralmente opposta all'opinione del Senato di Nizza; ecco le sue parole:

« Les mêmes causes qui firent restreindre la loi qui empêchait les femmes de succéder, firent renverser peu à peu celle qui avait gêné la succession des parents par femmes. Ces lois étaient très conformes à l'esprit d'une bonne République, où l'on doit faire en sorte que le sexe ne puisse se prévaloir, pour le luxe, ni de ses richesses, ni de l'espérance de ses richesses. Au contraire, le luxe d'une Monarchie rendant le mariage à charge et coûteux, il faut y être invité et par les richesses que les femmes peuvent donner, et par l'espérance des successions qu'elles peuvent procurer. Ainsi, lorsque la Monarchie s'établit à Rome, tout le système fut changé sur les successions, etc. ». *Esprit des lois*, liv. XXVII, chap. unique.

cierebbero, la compagine famigliare si dissolverebbe, con iscapito materiale e morale non meno nell'ordine individuale, che in quello sociale.

D'altro canto (potrebbe soggiungersi), nel formare il patrimonio che il padre lascia alla sua morte, egli bene spesso è stato coadiuvato dall'attività, dall'industria, dalle fatiche dei maschi, e quindi è giusto che costoro conseguano una parte prevalente nel relativo riparto; tanto più che un assegnamento bastevole a procurare alla donna un decoroso collocamento può dirsi provveda definitivamente alla sua esistenza, mentre ai maschi, per la naturale loro vocazione che li chiama alla vita degli affari, è naturale debba occorrere una più larga disponibilità di capitali.

Questi riflessi sono incontestabilmente di molto peso; tant'è che, come accennavamo, ai medesimi tuttora s'inspirano una gran parte dei testamenti dei padri di famiglia. Crediamo però che meritamente essi non abbiano trionfato presso gli autori del nostro Codice civile.

Per verità, sul terreno delle ragionevoli affezioni, che devono costituire il criterio essenziale della devoluzione successoria *ab intestato*, non può esservi motivo di distinguere tra maschi e femmine nei rapporti coi loro genitori. La voce del sangue e della natura rendono altrettanto vivo e sacro al cuor d'un padre o d'una madre l'affetto ad un figlio che ad una figlia. Le preferenze ai maschi s'informano essenzialmente a considerazioni di convenienza, ma, anche a queste, altre, e non certo dispregevoli, possono opporsi in senso contrario. Se pel pareggio delle sorelle ai fratelli, rimarrà intaccato l'asse famigliare quando, in occasione di matrimonio, le figlie passino in altra casa, l'ammanco otterrà reintegrazione mercè i connubii che alla lor volta i fratelli contrarranno. L'eventualità che i figli abbiano contribuito col loro lavoro e colla loro industria ad accrescere e prosperare il patrimonio paterno, è ipotesi che non sempre si verifica ed alla quale si può contrapporre quella di figlie rimaste nubili, che coll'opera loro, quanto modesta, altrettanto proficua, si rendono altamente benemerite della domestica azienda. Al postutto, altra cosa è che il genitore, *avuto riguardo alle particolari circostanze della sua famiglia*, possa, in considerazione di speciali meriti o bisogni di taluni dei suoi figli, fare uso della facoltà che la legge espressamente gli concede, di ripartire in disuguale misura le proprie sostanze tra i suoi figli e ridurre anche alcuno di essi a quel solo *minimum* che la legge gli garantisce, ed altra cosa è il sancire in via generale una disuguaglianza tra i discendenti, fondata sulla sola diversità del sesso. Nè gioverebbe osservare in contrario che la successione intestata debba informarsi alla presunta volontà dell'estinto e che il tenore di gran parte dei testamenti dei padri di famiglia avvalorino la presunzione contraria all'eguaglianza tra figli e figlie. Imperocchè il legislatore deve ispirarsi alla presunta volontà ragionevole ed illuminata del morente, non a quella informata a pregiudizi od a non plausibili consuetudini. E tale sarebbe appunto la volontà che costituisse in una condizione inferiore economica le figlie in confronto ai figli, non per constatato considerazioni speciali, non per concrete domestiche contingenze, ma unicamente perchè femmine.

Questa disuguaglianza, che la storia dimostra invalsa in epoche di predominio della rozza forza, ed andatasi sempre attenuando col prevalere di più miti costumi, contraria a giustizia, offensiva per la donna, causa d'invidie e rancori nelle famiglie, non poteva essere ulteriormente consentita dal nostro Codice e fu quindi da esso in modo assoluto cancellata (1).

**91.** Come non è ammessa disuguaglianza per diversità

---

zione delle Regie Costituzioni del 1729, le femmine non soffrivano veruna esclusione.

« Ma se in questa parte la Commissione non può arrendersi all'osservazione del Senato di Nizza, da un altro lato essa non ha creduto potersi accostare all'opinione dei Senati di Savoia e di Genova che chiedono una perfetta eguaglianza di trattamento ai maschi ed alle femmine, a termini della Novella 118.

« Il favor dell'agnazione, non esteso alle ultime conseguenze, suole riguardarsi dal più degli abitanti di questi Regii Stati, non altrimenti che in altre regioni d'Italia, come cosa non disgiunta dagli interessi di famiglia. Quest'abitudine di riputare i maschi, come in certa guisa, privilegiati nelle successioni è antica nei popoli, e dove essa si restringesse tra giusti limiti, nè troppo urtasse coi costumi delle nazioni a noi più vicine, può parer degna d'uno speciale riguardo del Legislatore. Ed è appunto in siffatte materie, le quali si riferiscono ad usi antichi, che devesi particolarmente aver presente il ragionevole desiderio del più delle famiglie di possessori di stabili.

« La Commissione pertanto a ragione credette potersi conciliare i diversi riguardi che meritano i varii aspetti sotto i quali può considerarsi l'oggetto di questa legge, ammettendo sempre le femmine a conseguire la legittima, ed ha seguito in ciò l'opinione anche de' più antichi dottori, che riconoscevano un danno positivo dato ai figliuoli, allorchè erano privati della legittima: *In legitima damnum observatur, si liberis adimitur ut damno tum afficiantur* (1). Ma ha cercato di combinare le disposizioni relative all'attribuzione di tale legittima alle femmine in modo che non si turbi la pace e l'ordine delle famiglie.

« Prendendo per base l'assegnamento della legittima come prezzo di esclusione nelle successioni dirette ascendentali, la Commissione ha creduto di conservare il più che fosse possibile dell'antico diritto ed oltrepassando questo limite avrebbe a ragione creduto di urtare l'autorità dell'esempio di tutte le nazioni più incivilite.

« Nella discussione plenaria al Consiglio di Stato, il Guardasigilli osservava che « nell'esclusione delle femmine la Commissione non ha trovato un gran vantaggio, per ciò che riguarda al rimanere i beni nella famiglia, imperciocchè la porzione presa dalla figlia che esce è compensata da quella che porta un'altra figlia che entra. Il principale vantaggio che vi ha veduto è quello di evitare questioni in famiglia per quanto fosse possibile, e siccome le figlie escono ed i figli lavorano in casa, la Commissione ha considerato quelle persone della famiglia che ordinariamente abitano assieme, partendo così da un principio d'unione nelle famiglie » (V. *Motivi del Codice civile albertino*, II, pag. 197 e seg.).

(1) *Jas. Cons.*, 50, n. 2, lib. I (*Note della Commissione*).

(1) Pacifici-Mazzoni, op. cit., p. 268.

« Non si fece distinzione tra maschi e femmine perché ripugna ai principii di giustizia e di quell'eguaglianza naturale che dal progetto fu mantenuta nei rapporti di famiglia. Essa fu già condannata dalla dottrina e respinta dalla maggior parte dei Codici moderni. A sostegno della medesima possono soltanto invocarsi i pregiudizii del passato » (*Relaz. Pisanelli sul Progetto del Libro 3° del Codice civile*).

« Nell'ordinamento della successione discendentale riaffermava il progetto i grandi principii che la civile filosofia riusciva ormai a porre fuori controversia; val quanto dire, che agli occhi del legislatore non esiste distinzione di sesso nè di primogenitura, non distinzione di origine o di natura dei beni; sicchè ogni cosa ed ogni diritto va adeguato nella formola comprensiva e nel principio sovrano della ugualità » (*Relazione senatoria sul Progetto di Codice civile*).

Nella discussione sul Progetto di Codice civile che ebbe luogo alla Camera dei Deputati nelle tornate 9-22 febbraio 1865, il deputato Panattoni espresse il timore che la parificazione delle donne e dei maschi nella successione producesse un continuo sminuzzamento dei patrimoni e ne venisse a patire l'incremento della coltura e il miglioramento degli stessi. Proponeva per rimediarvi il compenso della *congrua divisione*.

Parimente il deputato Ninchi biasimava il frazionamento della proprietà che risulta dai diritti successorii eguali nelle

di sesso, così non lo è pure per diversità di matrimoni da cui i figli siano nati.

Di vero l'essere nati da matrimoni diversi potrà essere, come vedremo più innanzi, ragione di giustificata differenza *nei rapporti tra fratelli;* ma *nei rapporti del genitore coi figli*, non può presumersi in lui diverso grado d'affezione secondochè i figli siangli nati dallo stesso coniuge, o da coniugi diversi (1).

**92.** La successione di cui ragioniamo è a favore dei figli legittimi, sotto il qual nome s'intendono non i soli figli di primo grado, ma anche i loro discendenti, e così pure i figli legittimati, gli adottivi ed i loro discendenti.

È però da osservarsi:

1° Che i soli figli di primo grado succedono per capi; i discendenti di ulterior grado succedono per istirpe in virtù del diritto di rappresentazione (2), di cui abbiamo trattato a suo luogo.

2° Che i soli legittimati vivente il genitore sono pareggiati ai legittimi quanto ai diritti successorii; non già i legittimati per decreto reale dopo la morte del genitore, a senso dell'art. 199 Cod. civ. inquantochè la legittimazione per decreto reale produce effetto soltanto dal giorno dell'ottenuto decreto (3) e non può quindi offendere i diritti in precedenza acquisiti da altri successibili (4).

3° Che i figli adottivi e i loro discendenti succedono bensì all'adottante in concorso anche dei figli legittimi, ma sono estranei alla successione di tutti i congiunti dell'adottante (5), in omaggio al principio che l'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottato e i parenti dell'adottante (6).

**93.** La successione dei discendenti legittimi non esclude in modo assoluto il concorso di qualsiasi altro successibile, poichè coi discendenti legittimi hanno diritto di concorrere:

1° Il coniuge superstite, in una quota d'usufrutto, secondochè vedremo a suo luogo.

2° I figli naturali del defunto, per la quota e colle modalità che saranno pure esaminate a suo luogo.

**94.** Ove taluno muoia senza lasciar superstiti persone alle quali abbia dato la vita, è al tutto naturale e giusto il presumere ch'egli intenda che le sue sostanze abbiano a devolversi a coloro da cui egli la vita ricevette, ove ancora gli sopravvivano; questa devoluzione, entro certi limiti, costituisce d'altronde l'osservanza d'un imprescindibile dovere, il cui adempimento la legge praticamente tutela e guarentisce, come vedremo meglio più innanzi (7).

**95.** Dicendo la legge che a chi muore senza lasciar prole succedono il *padre e la madre*, intende alludere ai genitori *legittimi e naturali*. Ai genitori *legittimi*, perchè di quelli semplicemente naturali è parola più tardi, all'art. 750. Ai genitori *naturali* e non agli adottivi, sia perchè quando la legge volle pareggiare gli adottivi ai naturali lo dichiarò sempre esplicitamente, sia perchè l'adozione, essendo istituto introdotto essenzialmente a vantaggio di colui che si adotta, non deve riuscir occasione di lucro per l'adottante; tanto più che l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale e sarebbe quindi meno equo che il concorso dell'adottante assottigliasse la quota successoria spettante ai genitori naturali dell'adottato.

Del resto, mentre il Codice albertino escludeva *apertis verbis* l'adottante dalla successione legittima del figlio adottivo (8), concedeva però all'adottante stesso o ai suoi discendenti il diritto di riversibilità sulle cose donate dall'adottante e provenute dalla di lui eredità (9). Il Codice italiano ha proscritto perfino tale riversibilità (10) e quindi non può rimaner ombra di dubbio sulla sua intenzione di voler onninamente escluso l'adottante dalla successione legittima del suo figlio adottivo (11).

**96.** Alla successione del figlio hanno diritto di concorrere il padre e la madre anche quando essi si trovassero legalmente separati, e la separazione fosse portata da sentenza, che l'avesse pronunziata in base od a colpa comune od esclusiva d'uno dei coniugi. Di vero, ciò potrà influire ed influisce effettivamente, come vedremo più tardi, nella determinazione dei diritti successorii *nei rapporti fra essi coniugi*, ma non può esercitare efficacia nei rapporti coi figli, che pei trascorsi dei genitori non possono intendersi dispensati da quella riverenza e dall'osservanza di quei doveri che la natura loro impone verso gli autori dei proprii giorni.

**97.** Indipendentemente dal vero e proprio diritto di successione, il Codice francese e l'albertino concedevano al padre, alla madre ed agli altri ascendenti uno speciale diritto di riversibilità riguardo ai beni donati al discendente deceduto senza lasciare posterità (12). Ecco in proposito il testuale tenore del Codice albertino (art. 937):

" Il padre, e la madre, e gli altri ascendenti che abbiano fatto donazioni ai loro figli o discendenti morti senza posterità e senza averne disposto, ove si trovino ad essi superstiti, riprendono ad esclusione d'ogni altro i beni a quelli donati, ancorchè non siano in grado di loro succedere, o ne avessero ripudiata l'eredità, purchè tali beni vi si trovino in natura.

" Ove fossero stati alienati, avranno diritto a riscuotere il prezzo, che possa tuttora essere dovuto; succederanno inoltre all'azione per la ricuperazione dei beni, che avessero potuto spettare al figlio, o discendente donatario.

" Saranno peraltro tenuti a concorrere al pagamento dei debiti e carichi della successione in proporzione degli stessi beni.

" E tutto ciò salvo il caso di convenzione contraria nell'atto della donazione, e senza pregiudizio della parte di successione che loro possa appartenere sugli altri beni cadenti nell'eredità ".

Il progetto presentato dal Guardasigilli Pisanelli non riproduceva questo disposto. La Commissione Senatoria tornava ad introdurlo. Si legge a questo proposito nella sua Relazione quanto segue:

" L'art. 759 aggiunto intende ad ordinare il diritto di riversione legale. Il progetto era muto, nè lasciava intendere le ragioni della soppressione del ritorno legale delle cose donate dallo ascendente al discendente. La vostra

---

femmine e nei maschi, poichè è nella tradizione domestica italiana una tendenza a mantenere la famiglia.

Per contro il deputato Siotto-Pintor lodava che si fosse tolta di mezzo la disparità di trattamento fra maschi e femmine, che chiamava enorme iniquità.

(1) Pacifici-Mazzoni, pag. 270.

(2) Art. 736, capov. Cod. civ.

(3) Art. 201 Cod. civ.

(4) Borsari, § 1579; Fulci, § XXIV. In senso contr.: Cavallaro-Freni, p. 167 e seg.; Pacifici-Mazzoni, vol. cit., pag. 203 e seg. Sarebbero però salvi i diritti di successione spettanti a questi discendenti come figli naturali riconosciuti. Borsari, ivi; Gianturco, *Succ.*, p. 63.

(5) Art. 737, capov. Cod. civ.

(6) Art. 212, capov. Cod. civ. Borsari, § 1580; Pacifici-Mazzoni, p. 266.

(7) Cavallaro-Freni, p. 174.

(8) Art. 200, capov. 1° Cod. civ. albertino.

(9) Cit. art. 200.

(10) V. verbale n. 28, § VII della Comm. coord. del Codice civile italiano. V. *infra*, n. 97.

(11) Cavallaro-Freni, p. 178. Pacifici-Mazzoni, p. 271.

(12) Sui precedenti storici di questo istituto, vedi Cavallaro-Freni, pag. 193 e seg.

Commissione si è fatta a discutere con ponderata disamina la convenienza del mantenere o non il diritto di ritorno legale, e fu tratta a conclusione affermativa dai seguenti riflessi.

" Fu ricordato anzitutto, che il diritto di ritorno legale ebbe la vita nel giure romano per gravi rispetti e precipuamente nel provvido intento di eccitare e promuovere le liberalità degli ascendenti verso i discendenti: *Ne circa liberos munificentia retardetur (ff. De jure dot., 4;* Cod. *sol. matrim.*). E questo diritto speciale passò incontrastato sì nel Codice francese che nei Codici italiani; il che attesta essere in esso tale fondamento di equità, da raccomandarlo alla imitazione ed al suffragio degli ordinatori dei Codici.

" Si è considerato in secondo luogo, che somigliante diritto di ritorno legale va ordinato con tali presidî e tali restringimenti da non recare offesa veruna nè ai principii generali del sistema successorio, nè ai diritti acquistati dai terzi nel mezzo tempo per atti di alienazione a titolo oneroso o gratuito da canto del discendente donatario, imperocchè l'ascendente donatore, esercitando il diritto di ritorno, non ripiglia che le cose esistenti nell'eredità.

" Dimostrata per tali riflessi la convenienza di accogliere e mantenere il ritorno legale, la Commissione adoperavasi a rendere più netta e compiuta la redazione dell'art. 747 del Codice francese; laonde vi si è aggiunta la spiegazione dichiarativa del senso ambiguo della frase: *Oggetti che si trovino in natura nella successione.* Si è inoltre rifermato meglio il principio che il diritto di ritorno legale, assumendo il carattere di una successione anomala, tragga seco di conseguenza l'obbligo imposto all'ascendente donatore di concorrere al pagamento dei debiti ereditari.

" Per le quali osservate cose l'art. 759 aggiunto è stato formolato nei seguenti termini:

" *Gli ascendenti, ancorchè non sieno in grado di succedere od abbiano rinunciato alla successione, succedono, ad esclusione d'ogni altro, nei beni che abbiano donati ai loro figli anche adottivi, o discendenti, morti senza prole, allorchè i beni stessi si trovino in natura nella eredità, e purchè il donatario non ne abbia disposto per qualunque atto, sia a titolo oneroso, di liberalità tra vivi o di ultima volontà. Nel caso che i beni siano stati alienati, l'ascendente ha il diritto di riscuoterne il prezzo tuttora dovuto e subentra inoltre nell'azione che competesse al donatario per ricuperarli.*

" *L'ascendente però è tenuto a concorrere al pagamento dei debiti dell'eredità in proporzione dei beni nei quali succede.*

" *Questo diritto dell'ascendente donatore non ha luogo ove nella donazione esista un patto contrario e non pregiudica la parte di successione che gli possa spettare sugli altri beni dell'eredità* ".

Ma la Commissione coordinatrice del Codice civile insisteva per la soppressione di tale disposto, sia perchè quel diritto di riversione è estraneo alle successioni e appartiene a tutt'altro ordine d'idee, sia perchè, ove lo vogliano, i donanti possono in tal modo provvedere con un patto espresso di riversibilità, sia infine perchè simile disposizione fu sempre un fomite di liti, delle quali la legge, per quanto è possibile, non deve mai essere causa nè pretesto (1).

Questi riflessi trionfarono e quel disposto non venne inserto nel Codice (2).

**98.** Se alla morte del figlio un solo dei genitori sia superstite, questo, come dichiara esplicitamente la legge, raccoglie da solo tutta la eredità, abbenchè fossero sopravvissuti più remoti ascendenti appartenenti alla linea del genitore predefunto (3). E per verità l'affetto e i doveri che astringono il figlio al suo genitore sono senza contrasto più forti di quelli che li avvincono ad ascendenti più remoti. Tale appunto era già il sistema inaugurato da Giustiniano nella sua Novella 118. Però il Codice francese dispone diversamente. Esistendovi ascendenti nelle due linee paterna e materna, esso attribuisce metà dei beni del defunto discendente agli ascendenti della linea paterna o metà a quelli della materna.

Questo sistema rappresenta una transazione fra la regola *paterna paternis, materna maternis* portata da antiche costumanze ed intesa a conservare i beni nelle famiglie, ed il voto della natura che chiama a succedere i parenti più prossimi. Egli è indubitato che il sistema della Novella 118 e del vigente nostro Codice può dar luogo a qualche inconveniente. Così se un figlio che abbia avuto dal padre una pingue eredità muoia lasciando superstiti l'avo paterno e la madre, giusta il nostro Codice, i beni del figlio passano integralmente alla madre, che può portarli ad un altro marito o trasmetterli in successione ai suoi attinenti, senza che più vi partecipino in guisa alcuna l'avo paterno e la costui famiglia (4).

Senonchè dal momento che la volontà espressa dall'in-

(1) Cit. verb. n. 28, § VII della Comm. coord.

(2) Si legge al riguardo nella relazione del Guardasigilli Vacca a S. M.:

« Nel titolo II delle successioni fu stimato eliminare senza più il diritto di riversione sulle cose donate dallo ascendente, movendo in ciò da tre ordini di considerazioni. Primamente osservavasi non concorrere punto nella riversione legale quei caratteri giuridici, che varrebbero a porla a fianco degli altri ordini di succedere, talchè fu questa considerata siccome una successione anomala ed eccezionale. Secondariamente non ravvisavasi in questa maniera di riversione legale verun motivo legittimo di necessità o di opportunità, che giustifichi l'intervento di un presidio di legge, posciachè in ogni caso è fatta abilità al donatore di stipulare il patto di riversione. E da ultimo consideravasi come il diritto di riversione, inscritto così nel Codice francese, come in vari Codici italiani, fosse stato argomento di disputazioni vivissime nei dominii della dottrina e di litigi infiniti nel fòro. Indi si venne a sopprimere l'articolo 759 del Progetto del Senato ».

(3) Art. 740 Cod, civ.

(4) In questo senso sollevava osservazioni il Senato di Genova sul progetto di Codice civile albertino, identico in tal parte all'italiano.

« Il progetto (così il Senato) divide la successione dei figli nelle due linee degli ascendenti, paterna e materna, quando coloro che la devono raccogliere in una linea e nell'altra si trovano in egual grado col defunto; che se invece l'ascendente superstite di una linea si trova più prossimo di quelli dell'altra, a lui si dà il diritto a tutta l'eredità con piena esclusione degli ascendenti dell'altra linea. L'ordine di successione, in tal modo regolato, concorda con quello che era stabilito nel Diritto romano dalla Nov. 118, ed ha per base il principio per cui, non ammettendo tra gli ascendenti la rappresentazione, il più prossimo in grado prevale sui più remoti, per ragione della presunta maggiore affezione del defunto.

« Ma le moderne legislazioni, sebbene non siano tutte uniformi nel metodo, generalmente però si sono scostate dalla regola succennata del Diritto romano.

« Il Codice di Francia (art. 746) e quello di Parma (art. 842) dividono sempre in egual metà, fra le due linee paterna e materna, quella parte che accordano agli ascendenti nella successione del defunto, ed il Senato crederebbe che questo sistema sia preferibile a quello della legge di Giustiniano adottato dal progetto.

« Nei discendenti si ammettono i più remoti a concorrere coi più prossimi per mezzo della rappresentazione, il che procede anche tra fratelli; ciò che dimostra che non sempre nasce dalla più stretta attinenza la ragione per cui si attribuisce il

dividuo, cioè il suo testamento, può liberamente devolvere le sostanze a lui spettanti *ad un estraneo* (salve le ragioni di legittima), non v'è motivo per cui non si abbia a fare omaggio alla sua volontà presunta unicamente perchè, in virtù di questa, il suo retaggio si devolverebbe ad una linea sola della sua parentela (1).

**99**. Se manchino entrambi i genitori, l'eredità del discendente si devolve ai suoi ascendenti più remoti, colle norme seguenti:

1° Se gli ascendenti non sono in egual grado, l'eredità è devoluta al più vicino, senza distinzione di linea (2). Così, ad esempio, l'avo materno esclude il bisavo paterno.

2° Se vi siano più ascendenti di grado uguale, gli uni appartenenti alla linea paterna, gli altri alla linea materna, l'eredità è assegnata per una metà a ciascuna linea, non avuto riguardo al numero dei rappresentanti le singole linee. Così se taluno deceda lasciando superstiti l'avo paterno, nonchè l'avolo e l'avola materni, la sua eredità si divide non in tre, ma in due sole parti, di cui l'una spetta all'avo paterno, l'altra all'avolo ed avola materni fra entrambi.

Può presentarsi caso, se non probabile, certamente possibile, che un ascendente appartenga ad entrambe le linee. In tal caso esso concorrerà nell'una e nell'altra linea. Facciamo, per maggior intelligenza, il caso pratico.

Decio *de cujus*

Venendo a morte Decio dopo che hanno già cessato di vivere i suoi genitori Ida e Marco, ed i quattro avi Plautilla, Remo, Giulia ed Antonio e supponendo che siano superstiti al pronipote Decio i bisavoli Caio, Tullio e Sergio, ognuno vede che mentre Caio è ascendente nella sola linea materna e Sergio in quella paterna, Tullio invece fa parte di entrambe le linee perchè ad esso fanno capo i due rami, paterno e materno, del defunto; laonde dovendosi l'eredità dividere tra le due linee, e Tullio appartenendo ad entrambe, esso consegue in definitiva la metà dell'asse ereditario e gli altri due bisavoli un quarto per ciascuno (3).

3° La devoluzione e distribuzione dell'eredità fra gli ascendenti si fa sempre senza aver riguardo all'origine dei beni (4).

---

diritto di successione. Ora, tuttochè tra gli ascendenti non si abbia da ammettere questa finzione ~~della legge, perchè~~ non è regolare che il generante rappresenti il generato, da ciò però non pare derivarne che la legge, anche fra gli ascendenti, debba dar tanto peso alla prossimità del vincolo, da escludere affatto quelli d'una linea, quando se ne trovi uno più prossimo al defunto nell'altra. E qui si noterà come non poche volte l'esclusiva preferenza data al genitore superstite sopra gli ascendenti dell'altra linea può far sì che i beni d'una famiglia passino totalmente in un'altra estranea. Muore p. es. un figlio che avrà avuto dal padre una pingue eredità; se i beni di lui dovranno tutti passare alla madre, essa o li porterà ad un altro marito, o li trasmetterà in successione ai suoi attinenti, senza che ne abbia più alcuna parte nè l'avo paterno, nè la di lui famiglia. Che se invece si dividono nelle due linee, la cosa resta più equilibrata tra le due famiglie fraterna e materna, e più raramente l'una vedrebbe passare nell'altra tutta la sostanza del comune attinente ».

La Commissione di legislazione rispondeva:

« La prossimità del grado sembra opportunamente potersi seguire per principal norma, come lo fu finora in Piemonte ed ovunque fu in vigore il diritto comune. Un tal sistema oltrecchè è sommamente semplice, è quello che meglio si confà colla presunta affezione del defunto, la quale serve di fondamento al diritto di succedere *ab intestato* e sopratutto allorchè si tratta degli ascendenti, rispetto ai quali non vi è dubbio, che l'affezione del defunto debba presumersi scemare grandemente a misura che risale ai gradi più remoti; ed il progetto non fece in tal parte che riprodurre esattamente le norme del diritto comune espresse nel cap. 2 della Nov. 118, a termini del quale la divisione per metà tra gli ascendenti della linea paterna e della materna non è stabilita se non per determinare il modo della divisione della eredità allorchè gli ascendenti delle due linee si trovano in egual grado.

« Non vi è poi non solo parità, ma neppure alcuna ragione di analogia per ammettere l'ascendente più remoto a succedere in luogo del *prossimiore predefunto*, ad esempio di ciò che ha luogo nella linea discendentale in forza della rappresentazione; la diversità che vi è a tale riguardo fra le due linee venne espressamente avvertita dagli oratori stessi che hanno perorato in Francia per l'adozione del sistema accolto nel Codice civile, ed il motivo che lo fece adottare è unicamente l'analogia che serbava tal forma di succedere con quella che particolari *costumi* avevano introdotta in diverse parti della Francia e che era fondata nella considerazione dell'origine dei beni. Perciò, se si eccettua il Codice di Parma (art. 841 e seg.) che non si è però, se non in parte, accostato al sistema del Cod. fr., tutti ~~gli~~ altri se ne sono dipartiti seguendo o le norme del Diritto romano, che sono dedotte dall'affezione presunta del defunto, o per lo meno certe regole fisse e costanti, quali sono quelle che dettarono il metodo di successione del Cod. austr. (art. 735 e seg. Cod. austr.; art. 668 e 669 Cod. di Napoli).

« Riguardo allo scopo della conservazione dei beni nella famiglia, sebbene esso siasi tenuto in gran conto sempre finora nella patria legislazione, esso non fece però mai abbandonare il modo di successione che la ragione stabiliva riguardo agli ascendenti, ed oltre di che può dirsi che tale considerazione conduca anzi ad escludere il concorso dell'ascendente rimoziore della linea materna, quando è superstite il padre, si crede che all'indicato scopo soddisfacciano le norme che provvedono per l'ammissione simultanea dei fratelli del defunto insieme cogli ascendenti di questo, allorchè ve ne esistano che siano *utrinque* congiunti col medesimo. La Commissione non crede perciò che sia da farsi alcuna variazione intorno a questi articoli nel senso indicato dal Senato di Genova ».

La questione tornò a sollevarsi nella discussione plenaria al Consiglio di Stato, leggendosi nei relativi verbali:

« Pare ad un Membro cosa poco conveniente che un ascendente della linea materna, il quale è estraneo alla famiglia, escluda, perchè prossimiore, gli ascendenti paterni, privando così dei beni quella famiglia a cui appartiene il defunto per farli passare ad un'altra famiglia.

« Il Guardasigilli dice che la legge dà la successione, ponderando l'ordine dell'affezione naturale.

« Il Relatore aggiunge che non essendovi rappresentazione nella linea ascendentale, la successione deve appartenere al prossimiore » (*Motivi del Codice civ. albert.*, II, pag. 188 e seg.).

(1) Buniva, *Succ.*, p. 62.

(2) Art. 739, capov. Cod. civ.

(3) Ricci, n. 44. Pacifici-Mazzoni, p. 279.

(4) Art. 739 Cod. civ.

Giusta l'art. 722 del Cod. civ. « la legge nel regolare la successione considera la prossimità della parentela, e non la prerogativa della linea, nè la origine dei beni, *se non nei casi e nei modi dalla legge stessa espressamente stabiliti* ». Indarno però si cercherebbero *i casi e i modi* con cui la legge deroghi alla regola preaccennata: ed indarno in ispecie, contrariamente a quel che parve a taluno, si cercherebbero nell'art. 739.

Per quello che è della prerogativa della linea, le norme tracciate per la successione degli ascendenti ai discendenti costituiscono la più esplicita e spiccata negazione d'ogni prerogativa di linea. Quanto alla origine dei beni, se ne teneva calcolo nelle

**100.** La successione degli ascendenti non esclude il concorso d'altre persone. A parte il caso in cui il defunto abbia lasciato superstite il coniuge o figli naturali, che hanno pure, come vedremo meglio più innanzi, diritto a consuccedere cogli ascendenti, se a lui siano sopravvissuti fratelli o sorelle, anche questi sono ammessi a concorrere cogli ascendenti. E veramente i fratelli e le sorelle, con cui il defunto ebbe comune l'origine, l'educazione, le gioie e le pene dell'esistenza, ed i patrimoniali interessi, non possono non tenere nel suo cuore una parte notevolissima, anche nel concorso dei genitori o degli altri ascendenti. Agli ascendenti è dovuta dal figlio una parte del proprio retaggio essenzialmente a titolo di ossequiosa riconoscenza per i benefizi ricevuti, come obbligo suo di provvedere ai restanti loro giorni; ma i fratelli e le sorelle rappresentano l'avvenire della famiglia e non può non presumersi che a questo avvenire intendano il fratello o la sorella morente di provvedere (1).

Inspirandosi a questo duplice ordine di considerazioni ed insieme conciliandole, la legge nostra statuisce che se coi genitori o con uno soltanto di essi, o, mancando entrambi i genitori, con più remoti ascendenti, concorrono fratelli o sorelle del defunto, tutti sono ammessi alla successione del medesimo per capi (2).

**101.** Qualora però, stante il numero dei fratelli e sorelle concorrenti, i genitori od ulteriori ascendenti (3), effettuandosi la divisione per capi, venissero a conseguire una porzione inferiore al terzo dell'eredità, allora cessa il riparto per capi; si assegna ai genitori od altri ascendenti un terzo della eredità, e gli altri due terzi vengono ripartiti per capi tra i fratelli e le sorelle (4). Così se un figlio lasci superstite il padre, un fratello, ed un patrimonio di L. 6000, il padre ed il fratello del defunto conseguiranno L. 3000 per ciascuno; ma se fossero superstiti quattro fratelli, effettuandosi la divisione per capi, il padre non verrebbe a conseguire che il quinto dell'eredità, cioè L. 1200; invece esso sarà in ragione di rivendicare il terzo ossia L. 2000, e le residue L. 4000 spetteranno per un quarto ciascuno ai fratelli.

Come appare, in caso di famiglia numerosa, la quota devoluta agli ascendenti è maggiore di quella spettante *ai singoli altri successibili;* ma è inferiore alla quota destinata *complessivamente* a questi ultimi.

Il sistema della legge è in armonia con quanto si trova da essa disposto in caso di successioni testamentarie, in cui la libertà di testare, per chi lasci superstiti ascendenti, è vincolata dall'obbligo di devolvere a questi un terzo delle sostanze (5).

Senonchè qui si presenta una difficoltà gravissima per il caso in cui il defunto avesse disposto di qualche donazione per atto tra vivi. Il terzo riservato ai genitori si calcolerà esso in base ai soli beni lasciati dal discendente al tempo di sua morte, oppure coll'aggiunta del valore dei beni per avventura donati? Facendo un esempio concreto: se un figlio, che lascia un patrimonio di L. 90,000, avesse fatto donazioni per L. 30,000, il terzo assicurato ai genitori od agli ulteriori ascendenti, sarà il terzo di 90,000 e così 30,000, od il terzo di 120,000 e così 40,000?

Se si calcola sui soli beni caduti nell'eredità, si ha l'inconveniente che gli ascendenti raccolgono, in caso di successione legittima, una quota inferiore a quella che avrebbero conseguito se il discendente avesse fatto testamento, poichè per la determinazione della quota disponibile vuole la legge che l'asse ereditario venga fittiziamente accresciuto dell'importo dei beni donati (6).

Se si calcola per contro colle norme della quota indisponibile, non si viene forse ad aggiungere alla legge ed a far pesare sui fratelli concorrenti coi genitori le conseguenze delle donazioni fatte dal defunto fratello?

La questione, se non assolutamente esclusa, è d'assai minore importanza in Francia, ove gli eredi legittimi, qualunque siansi, hanno sempre l'obbligo di conferire le donazioni ricevute dal defunto (7), cosicchè, nel caso che ci occupa, sarebbe fuori dubbio che, nel computo dell'asse, andrebbero calcolate le donazioni, che il discendente avesse fatto ai genitori od ai fratelli.

Noi crediamo che nel calcolo dell'asse si debbano computare i beni donati. Come già accennammo, la legge, ove tratta delle successioni testamentarie, si dimostra sollecita di far salvo, a favore degli ascendenti, il terzo delle sostanze spettanti al discendente che deceda senza prole, terzo che vuole calcolato non sul solo asse lasciato, morendo, dal figlio, ma bensì su tale asse accresciuto dalle donazioni che per avventura il figlio abbia fatto in sua vita (8).

Ora, sarebbe incongruo ed assurdo che, mentre la legge si dimostra giustamente premurosa di assicurare agli ascendenti il terzo, come sopra calcolato, sulle sostanze del figlio, qualora questi abbia lasciato testamento, nel caso invece di successione legittima, mentre pure esplicitamente dichiara di voler sempre salvo a favore degli ascendenti il terzo dei beni, intendesse che il terzo andasse calcolato con criterii diversi e più sfavorevoli agli ascendenti. Che se qui la legge non fa espresso riferimento alle norme con cui si determina la porzione indisponibile, ciò dipende, secondo noi, dal fatto che la legge non contempla che ciò che *frequentius contingit* ed è difficile che chi deceda celibe, lasciando ancora superstiti genitori od altri ascendenti, abbia già avuto occasione di disporre dei proprii beni a titolo di donazione.

Dal momento poi che, a nostro avviso, il terzo dalla legge fatto salvo agli ascendenti, concorrenti con fratelli o sorelle del defunto sulla costui successione intestata, è giuridicamente identico al terzo loro guarentito nella successione testamentaria, noi crediamo scenda logica ed inevitabile la conseguenza, che, se gli ascendenti avessero ricevuto una donazione dal discendente a cui succedono, essi sarebbero tenuti ad imputarla alla loro quota, a senso di ciò che dispone la legge riguardo al legittimario donatario che reclami la sua legittima (9).

**102.** La legge ammette a concorrere indistintamente i fratelli e le sorelle del defunto. Gli era il solo favore dell'agnazione che aveva indotto certe legislazioni, quali precedenti legislazioni in cui, come vedemmo, si ammetteva la riversione legale dei beni donati dagli ascendenti. Ma anche questo disposto, come già pure fu in precedenza accennato, fu abrogato dal vigente Codice. Per cui la riserva con cui si chiude il riferito art. 722 non trova possibilità di pratica applicazione. V. Gianturco, *Succ.*, p. 37 e seg.

(1) Buniva, p. 64; Cavallaro-Freni, p. 198.

(2) Art. 740 Cod. civ.

(3) Avvertasi però che gli ulteriori ascendenti succedono *per linee e non per capi.* Così supposto che taluno deceda lasciando superstiti l'avo e l'ava paterni, l'avo e l'ava materni ed un fratello, la sua eredità si dividerà non in cinque, ma in sole tre parti, di cui l'una agli avi paterni, l'altra ai materni e la terza al fratello. In sostanza gli avi prendono quello che avrebbero preso i genitori, se viventi; e sotto questo rispetto può dirsi esistere una specie di diritto di rappresentazione anche in linea ascendentale. V. *retro* n. 82. V. però Fulci, § XXV.

(4) Cit. art. 740 Cod. civ.

(5) Art. 807 Cod. civ.

(6) Art. 822 Cod. civ.

(7) Art. 843 Cod. civ. fr.

(8) Art. 807, 822, capov. Cod. civ.

(9) Art. 1026 Cod. civ.

l'albertina, ad escludere le femmine, dietro tenue compenso, dalla successione ai fratelli quando altri fratelli maschi rimanessero superstiti. Ma una volta pareggiate le femmine ai maschi nella successione agli ascendenti, ogni differenza, a maggior ragione, doveva scomparire nella successione ai fratelli.

**103**. Parlando di fratelli e sorelle, abbiamo sempre fin qui presupposto che si trattasse di fratelli e sorelle *germani*, aventi cioè comuni col defunto entrambi i genitori.

Senonchè vi possono essere fratelli e sorelle semplicemente *unilaterali* col defunto, aventi cioè comune od il solo padre *(consanguinei)* o la sola madre *(uterini)*.

Riguardo a questi ultimi, in confronto ai genitori od ai germani superstiti del defunto, quattro differenti sistemi si riscontrano adottati dalle legislazioni dei varii tempi:

1° Assoluta esclusione degli unilaterali di fronte agli ascendenti ed ai germani del defunto (diritto romano e Codici parmense, sardo ed estense);

2° Assoluto pareggio degli unilaterali ai germani (leggi delle due Sicilie);

3° Differenza tra i consanguinei e gli uterini (editto toscano del 1814 e Codici francese ed austriaco).

4° Ammessione degli unilaterali in concorso cogli ascendenti od ai germani del defunto, senza distinzione tra consanguinei ed uterini, ma in quota inferiore a quella dei germani (Codice italiano).

I due primi sistemi non possono a meno di riconoscersi entrambi eccessivi. La ragione dimostra, e l'esperienza quotidiana conferma, non potervi essere tra fratelli semplicemente unilaterali quella intimità e quella pienezza d'affetto che normalmente intercede tra fratelli germani. La diversità di educazione e di tradizioni domestiche, sopratutto quando diverso sia il padre; le preferenze del patrigno e specialmente della matrigna a favore della prole propria, i pericoli, di cui la legge stessa si preoccupa, di captazioni per parte del nuovo coniuge a pregiudizio della prole di primo letto del binubo (1); la diversità, degenerante talora in antagonismo, d'interessi patrimoniali, in dipendenza della successione al genitore proprio degli unilaterali: queste ed altrettali sono le cause che sogliono produrre una speciale freddezza di rapporti tra fratelli uniti da un solo vincolo di parentela, e rendere assai più debole il loro reciproco affetto in confronto a quello sentito per i fratelli germani.

Ma se questi riflessi dimostrano l'erroneità del sistema di quelle legislazioni che in tutto pareggiavano gli unilaterali ai germani, non può a meno di riconoscersi eccessivo in senso opposto il sistema che vuole affatto esclusi gli unilaterali dalla successione al fratello, allorchè esistano germani. Di vero, un vincolo di fratellanza, per quanto più debole, esiste pure tra unilaterali, e sarebbe ingiustizia il disconoscerlo, anche nella coesistenza di germani.

Non sarebbe però ammessibile qualsiasi distinzione tra consanguinei ed uterini, perchè la presunta affezione, base essenziale delle successioni legittime, giusta il nostro Codice, non ammette differenze al proposito. Le passate legislazioni che inducevano disparità di trattamento tra gli uni e gli altri unilaterali, o s'inspiravano al favore dell'agnazione, quando accordavano preferenza ai consanguinei, o attribuivano una prerogativa alla linea quando, dimezzando l'eredità del defunto fratello tra le linee paterna e materna, chiamavano i consanguinei e gli uterini a partecipare alla propria linea.

**104**. Migliore di tutti pertanto si manifesta il sistema del nostro Codice, che pur ammettendo gli unilaterali in concorso cogli ascendenti e coi germani del defunto, devolve loro una quota inferiore a quella di questi ultimi, senz'alcuna differenza però tra unilaterali e consanguinei.

Ma quale è precisamente la quota in cui succedono gli unilaterali concorrendo con germani del defunto? È questa forse la più dibattuta delle questioni a cui ha dato luogo il vigente nostro Codice civile.

Il primo capoverso dell'art. 740, dispone al riguardo in questi termini:

" Se vi sono fratelli o sorelle consanguinei od uterini, succedono anch'essi; ma, concorrano con germani o siano soli, conseguono la sola metà della quota spettante ai germani ".

Ora, nell'interpretazione di questa locuzione *metà della quota spettante ai germani*, sono sorti due opposti sistemi.

Giusta l'uno di detti sistemi, comunemente chiamato della *quota di diritto*. deve intendersi metà della quota che spetterebbe ai singoli unilaterali, se fossero germani. Così, dato che coi genitori concorrano un germano ed un unilaterale e l'eredità sia di L. 12,000, la quota dell'unilaterale sarà di L. 1500, perchè se fosse germano gli spetterebbero L. 3000.

Giusta invece l'altro sistema, detto della *quota di fatto*, l'eredità si dividerà in guisa che il germano abbia il doppio dell'unilaterale; e così, nell'esempio sovr'addotto, l'unilaterale percepirà L. 1714,20 e il germano L. 3428,40.

Senza riprodurre la lunga serie delle argomentazioni che furono addotte in sostegno dell'una e dell'altra opinione, noi ci limiteremo ad accennare brevemente le ragioni per cui, checchè se ne possa pensare *in tema di diritto costituendo*, il sistema della quota di diritto ci sembra incontrastabilmente a preferirsi sia di fronte *al testo*, che alla *genesi* della legge.

**105**. Di fronte al testo.

Pongasi che un'eredità sia devoluta per due terzi a Tizio e per un terzo a Caio. Volendosi definire il montare della quota di Caio nei rapporti con quella di Tizio, sarebb'egli giusto, verrebb'egli in mente ad alcuno di dire che Caio *consegue*, che Caio *ha diritto alla metà della quota che spetta a Tizio*? No certamente; la quota di Tizio, appunto perchè sua, non può neppure in parte spettare a Caio; il rapporto fra l'una e l'altra non può ragionevolmente essere espresso che colla formola: la quota di Caio è, non già *la metà di quella che spetta a Tizio*, ma *pari alla metà* di quella che a Tizio compete. Eppure, stando all'opinione che si combatte, sarebbe appunto la stranissima ed inesattissima formola suaccennata di cui il legislatore si sarebbe avvalso per determinare i rapporti fra le rispettive quote dei germani e degli unilaterali. Volendo attribuire ai primi il doppio che ai secondi, invece di assumere la quota dei germani *quale semplice termine di confronto*, egli avrebbe dichiarato di assegnare agli unilaterali la metà della quota che effettivamente i germani conseguono! Ma evidentemente sarebbe fare troppa ingiuria al legislatore l'attribuirgli tanta scorrettezza ed improprietà di espressioni; e quindi non v'è altro mezzo di dare plausibile spiegazione al fatto che la quota degli unilaterali sia designata dalla legge come *vera pertinenza*, come *frazione* della quota dei germani, salvochè l'ammettere ch'essa abbia inteso alludere ad una quota dei germani ipotetica, astratta, alla quota che da principio coll'art. 740 ha dichiarato competere ai germani, che è la virile, attribuendo così ai singoli unilaterali la metà della quota che ad essi spetterebbe se fossero germani.

E che questo veramente sia il concetto della legge, se ne ha conferma luminosa, irrefragabile, nello stesso art. 740, là dove contemplando l'ipotesi in cui uno o più unilaterali

(1) Art. 770 Cod civ.

concorrano soli alla successione coi genitori del defunto, per non avere quest'ultimo lasciato fratelli germani, sancisce che anche in tal caso essi conseguano metà della quota spettante ai germani.

Se la quota degli unilaterali fosse la metà di quella che *in realtà* ed *in effetto* vengono a conseguire i germani, è manifesto che, mancando i germani, mancherebbe la possibilità di determinare tale quota e quindi la legge, in siffatta ipotesi, o avrebbe abrogata la limitazione alla capacità successoria degli unilaterali, o fornito altri criterii per la determinazione della loro quota. Avendo per contro la legge dichiarato esplicitamente che anche in tal caso l'unilaterale conseguiva metà della quota spettante al germano, non avrebbe potuto meglio dimostrare ch'essa non intendeva riferirsi ad una quota concreta, reale ed effettiva, bensì ad una quota ideale ed ipotetica, alla quota cioè che avrebbe spettato all'unilaterale se fosse stato germano.

A questo formidabile e veramente perentorio argomento in favore del sistema della quota di diritto, i nostri avversari, non potendo dissimularsene la gravità, hanno fatto disperati tentativi per rispondere; ma una breve disamina di questi tentativi di conciliazione del testo formale della legge col sistema della quota di fatto, ci pare la miglior riprova dell'assoluta infondatezza di questo sistema.

Si è detto che l'inconcepibilità dell'idea d'una *quota facti* nel caso di soli ascendenti ed unilaterali si ritorcerebbe anche contro il sistema della *mezza quota virile*, giacchè, se non vi siano fratelli germani, riesca tanto impossibile il determinare la quota di fatto, quanto lo stabilire la virile dei germani, la quale non possa computarsi che secondo il numero di coloro che partecipano alla successione. Ma l'obbietto fu riconosciuto insussistente da alcuni fra gli stessi propugnatori della tesi da noi combattuta, i quali osservarono, a ragione, che nel sistema della quota di diritto dovendosi ai singoli unilaterali attribuire la metà di quanto loro spetterebbe se fossero germani, sarà il numero dei soli unilaterali, in caso di mancanza di germani, che determinerà le virili, la cui metà dovrà assegnarsi ad essi unilaterali.

Si soggiunge *ex adverso* che pareggiandosi dalla legge ai germani i genitori quanto alla quota successoria, ove gli unilaterali concorrano con soli genitori, conseguiranno metà della quota assegnata ai genitori.

Ma, anzitutto, è evidente che questo assunto supporrebbe una nuova grave inesattezza nella legge, perchè mentre questa dice che anche quando gli unilaterali siano soli in concorso coi genitori del defunto, conseguono metà della quota *spettante ai germani*, bisognerebbe leggere *spettante ai genitori;* inesattezza tanto più strana in un sistema che pretende che le quote degli unilaterali debbano ragguagliarsi non su quote astratte ed ideali, ma su quote positive e concrete.

Senonchè la pretesa correzione da farsi alla legge sarebbe lungi dall'essere esatta; inquantochè non sta che *sempre* le quote dei genitori siano pari a quelle dei fratelli germani; ciò succede soltanto a condizione che la porzione in cui succedono i genitori od uno di essi non venga a riuscire minore del terzo, perchè, come vedemmo, ai genitori il terzo deve sempre essere salvo. Ora, se per il numero degli unilaterali concorrenti, la quota del genitore debba essere portata al terzo, è manifesto che, nemmeno per analogia, la quota dei singoli unilaterali non potrà più essere ragguagliata su quella del genitori. Così suppongasi che col genitore concorrano cinque unilaterali e l'eredità consti di L. 42,000. Pareggiando il genitore ad un germano, e posto che il germano, come si pretende *ex adverso*, equivalga a due unilaterali, il genitore non verrebbe a conseguire che due settimi, ossia L. 12,000, cifra inferiore a quella che gli assegna la legge, la quale, come dicemmo, gli vuol riservato il terzo dell'eredità e così in concreto L. 14,000. Di fronte a questo terzo è impossibile che i sostenitori della *quota facti* riescano a determinare la quota dei singoli unilaterali. Che se, come si propone da alcuni fautori di quella dottrina, si vuol distribuire integralmente fra gli unilaterali quel che rimane dell'eredità, una volta prelevato il terzo a favore dei genitori, si riesce ad una nuova e patente violazione della legge, inquantochè si fa agli unilaterali la stessa ed identica condizione giuridica che avrebbero se fossero germani, mentre la legge dice chiaro che, concorrano con germani o siano soli, conseguono la sola metà della quota spettante ai germani. Il solo sistema della quota di diritto dà mezzo di osservare esattamente la legge, attribuendo anche qui ai singoli unilaterali la metà della quota che loro spetterebbe se fossero germani.

**106.** Che se la verità del sistema della quota di diritto risulta incontrastabile dal testo della legge, non altrimenti è a dirsi se si riguardi alla genesi della legge stessa.

I sostenitori della contraria opinione fanno grande assegnamento sulla circostanza che mentre il progetto Miglietti portava la locuzione: *i consanguinei ed uterini... conseguono la metà di quanto avrebbero se fossero germani*, locuzione che, a detta dei nostri stessi avversari, avrebbe indubbiamente sancito la quota di diritto, il successivo progetto Pisanelli sostituì la formola, divenuta poi legge, *conseguono metà della quota spettante ai germani.*

Ma, anzitutto, se questa sostituzione di frasi, anzichè costituire un semplice miglioramento di forma, avesse, nell'intenzione del Pisanelli, importato una vera modificazione di sostanza, ossia la surrogazione del sistema della quota di fatto a quello della quota di diritto anteriormente proposta, egli è della massima evidenza, che di fronte ad un cangiamento di tanto rilievo, il Pisanelli non avrebbe mancato, nella relazione illustrativa del suo progetto, sia di farne cenno, sia di esporne le ragioni giustificative. Invece nulla di tutto questo; i termini con cui esso si esprime in ordine alle disposizioni del progetto concernente la successione degli unilaterali in concorso coi germani, si attagliano tanto al sistema della quota di diritto che a quello della quota di fatto.

Di vero, venendo a parlare della successione degli ascendenti e dei fratelli e sorelle del defunto, il progetto osserva:

" Occorre qui di accennare due innovazioni che si riscontrano nel progetto.

" La prima riguarda il doppio vincolo di parentela nella successione dei fratelli e delle sorelle o loro discendenti.

" In quest'ordine di successori, il diritto romano chiamava in primo luogo i germani, e soltanto in loro mancanza i consanguinei o gli uterini.

" Il diritto romano fu in tal parte imitato dal Codice parmense, dal sardo e dall'estense.

" Il Codice francese divide invece, nella successione dei collaterali, l'eredità in due parti; l'una è devoluta ai congiunti della linea paterna, l'altra ai congiunti della linea materna. Quindi i parenti unilaterali prendono soltanto parte in una delle due linee, mentre i germani prendono parte in ambedue. È una rimembranza lontana del concetto che faceva ritornare i beni alla linea donde erano pervenuti: *paterna paternis*, *materna maternis*.

" Il Codice austriaco adottò un sistema presso a poco conforme a quello francese.

" Il Codice delle Due Sicilie, scostandosi da tutte le menzionate legislazioni, non distingue tra fratelli germani e fratelli unilaterali; ma li chiama simultaneamente ed in parti eguali alla successione.

" Niuno può disconoscere che i fratelli e le sorelle germani, educati per lo più assieme e con eguaglianza di trattamento, contraggono vincoli più sentiti di affezione, che rafforzano quelli del sangue e si rendono incancellabili anche nell'età più matura.

" Per contro i fratelli e le sorelle nati da matrimoni diversi, o sono educati separatamente, o convivendo assieme non sono in famiglia riguardati con occhio egualmente benevolo, onde i sentimenti di affezione non si sviluppano e non si rafforzano come avviene fra i germani.

" Ma se è certo che esista fra questi ultimi una maggiore affezione che fra i primi, non può tuttavia ammettersi che tale prevalenza sia così assoluta da escludere un'affezione abbastanza intensa fra gli unilaterali.

" Nel progetto si è perciò seguita una via di mezzo. Tutti i fratelli o sorelle germani ed unilaterali, e loro discendenti, succedono assieme, anche in concorso degli ascendenti del defunto. ma, tenendo conto del doppio vincolo, gli unilaterali avranno soltanto la metà della quota che spetta ai germani.

" Questo sistema è analogo, ma non identico a quello del Codice francese, il quale dividendo l'eredità per linee riesce meno equitativo nelle sue pratiche conseguenze. Supponendo infatti che siano chiamati alla stessa successione un fratello germano, un consanguineo e due uterini, il consanguineo che si trova solo nella sua linea col germano viene a conseguire una porzione maggiore di quella devoluta agli uterini. Facendo il caso inverso, l'uterino troverebbesi avvantaggiato in raffronto ai consanguinei.

" Secondo il sistema adottato nel progetto è sempre mantenuta l'uguaglianza tra i fratelli consanguinei e gli uterini „.

Come appare, pel Pisanelli, il progetto da lui presentato, costituiva, sul punto in questione, una innovazione alle legislazioni precedenti, non una innovazione al progetto del suo predecessore nella carica di Guardasigilli.

La dichiarazione che il progetto segni una via di mezzo fra i sistemi diametralmente fra loro opposti del diritto romano, che dava esclusiva preferenza ai germani, e del Codice delle due Sicilie, che ai germani intieramente pareggiava gli unilaterali, non è meno vera, adottando la quota di diritto, che se si adotti la quota di fatto, come all'uno e all'altro sistema si adattano le parole della Relazione, che il progetto, a differenza del Codice francese, mantiene in ogni caso inalterata l' uguaglianza fra i consanguinei e gli uterini.

Ma vi ha di più: la Relazione del Senato (estensore Vacca), sul progetto Pisanelli, chiaramente conferma come non si attribuisse importanza alcuna all'arrecata modificazione delle espressioni che leggevansi nel progetto Miglietti; e l'una e l'altra fossero ritenute come perfettamente sinonime. Nella stessa infatti si legge: " Rispetto alla successione collaterale, il progetto esibisce una duplice innovazione, le cui ragioni appariscono gravi abbastanza, perchè ne venga dimostrata la convenienza. Delle quali innovazioni, l'una determina la estensione ed i limiti della quota successoria dei fratelli e delle sorelle unilaterali nel concorso coi germani, stretti dal doppio vincolo, e qui il progetto, tenendosi equidistante dagli opposti sistemi, che, o tutto accordavano, o tutto negavano alla prerogativa del doppio vincolo, accolse un equo temperamento atto a conciliare tutti i riguardi; sicchè agli unilaterali vengasi attribuendo la metà della quota CHE SPETTEREBBE *ai germani* „.

Nè ciò basta ancora. Succeduto al Pisanelli nella carica di Guardasigilli lo stesso Vacca, questi, nella tornata del 24 novembre 1864, presentava alla Camera elettiva un nuovo progetto di Codice civile, nel quale però le disposizioni relative alla successione degli unilaterali erano mantenute identiche a quelle del progetto Pisanelli. A relatore della Commissione nominata dalla Camera dei deputati per riferire sul progetto Vacca fu nominato il Pisanelli. Or questi, in tale sua nuova relazione, parlando della successione degli unilaterali, così si esprime: " Tenendosi equidistante dagli opposti sistemi, che o tutto accordavano o tutto negavano alla prerogativa del doppio vincolo, il progetto accolse un equo temperamento, attribuendo agli unilaterali *la metà della quota che spetterebbe ai germani* „. Evidentemente, se la locuzione: *metà della quota spettante, o che spetta ai germani*, stata dal Pisanelli sostituita alla formola del progetto Miglietti *metà di quanto avrebbero se fossero germani*, fosse da attribuirsi a meditata modificazione di concetto, anzichè a semplice variazione di dicitura, è impossibile che il Pisanelli, autore della variazione, nel dettare la nuova sua relazione, non avesse presente l'importanza massima della surrogata locuzione e non vi si tenesse rigorosamente fedele, venendo a trattare di nuovo tale argomento. Invece tutto al contrario; per accennare alla quota che nel progetto, conforme al suo, viene attribuita agli unilaterali, usa la formola condizionale *metà della quota* CHE SPETTEREBBE AI GERMANI, ossia la formola sostanzialmente identica a quella del progetto Miglietti. Non ci pare si potrebbe desiderare prova più patente che il Pisanelli, nel modificare la locuzione di cui si tratta, fu lungi dall'avere l'intendimento di modificare il concetto del suo predecessore e che quindi la variazione fu di pura forma.

Per ulteriore conseguenza, si palesa pure senza importanza la diversità che si riscontra fra la formola adoperata dagli articoli 740, 741, e quella dell'art. 744 ov'è determinata la quota spettante ai figli naturali in concorso con legittimi (*metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi*) diversità che costituisce uno dei maggiori argomenti invocati a sostegno della tesi avversaria. L'argomento *a contrario* perde qualsiasi forza dal momento che, come si è visto, la frase *quota che spetta ai germani* fu assunta in senso di spettanza astratta o come sinonima di quota *che spetterebbe agli unilaterali se fossero germani*.

Appena è poi il caso di rilevare l'inammessibilità della teoria secondo cui la metà virile sottratta agli unilaterali nel sistema della quota di diritto dovrebbe nuovamente venire, in una serie indefinita di successivi sotto-riparti, distribuita fra i germani e gli unilaterali. Imperocchè questo sistema, come con ingegnosi calcoli matematici è dimostrato, finirebbe per attribuire ai singoli unilaterali la metà di quanto verrebbero a conseguire i germani (1); la differenza quindi tra il sistema della quota di diritto e quello della quota di fatto si ridurrebbe ad una mera questione di parole, i risultati pratici sarebbero identici.

Ora il testo formale della legge è troppo preciso in contrario perchè una tesi simigliante possa essere accolta; gli unilaterali conseguono LA SOLA METÀ della quota spettante ai germani. Col sistema combattuto, anche i figli naturali, concorrenti con legittimi, dovrebbero conseguire la metà di quanto in effetto si raccoglie da questi, perchè la legge in tal caso attribuisce loro il diritto *alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi*, senza poi regolare positivamente la devoluzione dell'altra metà di detta quota. Tanto nel caso di figli naturali, che di fratelli unilaterali, se dalla legge non è formalmente dichiarato a qual titolo ad altri devolva la metà della quota che ad essi sottrae, è però dichiarato, in termini

(1) Veggasi l'interessante studio dell'avv. Carretto nel *Foro ital.*, XX, I, 1320 in nota.

che non potrebbero essere più espliciti, che il diritto dei medesimi è rigorosamente circoscritto alla metà della quota che loro spetterebbe, nel primo caso, se fossero discendenti legittimi e nel secondo se fossero fratelli germani; e ciò basta per rendere oziosa qualsiasi disquisizione sul titolo della devoluzione ai loro coeredi della residua quota (1).

Che se nelle varie contingenze possibili, nel vario concorso di unilaterali con germani, il sistema della quota di diritto non offre una costante permanenza di rapporti fra ciò che si consegue dagli unilaterali e ciò che in effetto si percepisce dai germani, sarà questo un difetto della legge verificabile anche nel concorso di figli legittimi con naturali, ma è troppo noto che quando la legge è chiara ed indiscutibile, un semplice inconveniente che derivi dalla sua pratica osservanza non può essere ragione sufficiente per alterarla o modificarla.

**107.** (2).

**108.** Se alcuno dei fratelli o sorelle siano premorti,

---

(1) La metà virile sottratta agli unilaterali si accresce alle quote tanto dei fratelli germani che degli ascendenti, colle norme seguenti:

Se si trovino in concorso *soli unilaterali* con ascendenti, quello che si ritoglie agli unilaterali si devolve tutto e sempre agli ascendenti, qualunque sia il numero degli unilaterali.

Se concorrano, cogli ascendenti, unilaterali e germani in numero però così limitato da permettere che l'eredità possa dividersi fra tutti per capi senza che rimanga leso il terzo riservato agli ascendenti, anche in questo caso la metà virile sottratta agli unilaterali si distribuirà fra tutti gli altri coeredi. Esempio: eredità di lire 80,000, superstiti i genitori, un germano ed un unilaterale; l'eredità si divide in quattro parti, all'unilaterale in luogo di 20,000 spettano solo 10,000, le altre 10,000 si ripartono fra gli altri tre, che così in concreto vengono a percepire L. 23,333 33 per caduno.

Se i germani e gli unilaterali siano in numero tale da non rendere possibile la divisione per capi coi genitori, l'eccedenza della quota degli unilaterali si devolverà per un terzo ai genitori e per il residuo ai germani. Esempio: eredità di L. 90,000, superstiti i genitori, cinque germani e due unilaterali. Il terzo *astratto* per i genitori sarebbe di L. 30,000; la quota *astratta* per i singoli germani di L. 8571 42 e quindi la quota dei singoli unilaterali sarà di L. 4285 71. Le due metà virili ad essi ritolte, pari a complessive L. 8571 42, si devolveranno per un terzo agli ascendenti (L. 2857 14) e per gli altri due terzi ai germani, un quinto per ciascuno. Così *in concreto*, ciascuno dei germani viene a percepire L. 9714 27.

(2) Nel senso della quota di diritto: v. Pacifici-Mazzoni, *Succ.* I, p. 285 e seg.; Milone, nell'*Arch. giur.*, II, p. 184; Scandiani, *ivi*, V, p. 319; Cattaneo e Borda, *Comm. al Cod. civ.*, art. 740; Ricci, *Diritto civ.*, III, n. 46; Borsari, § 1585; Germano, *Legge*, 1867, 1, 277; Direzione della *Legge*, *ivi*, 1, 445; Borrè, nel *Foro it.*, IX, 1, 1146; Pescatore, *Filos. e dottr. giurid.*, I, p. 154; Buniva, op. cit., p. 69; Mangini, nel *Rolandino*, 1892, p. 327; Soldati, nella *Giur. it.*, XLVI, 4, 135; A. Napoli, 6 agosto 1868, Politi-Tommaso (*ivi*, XX, 2, 710); A. Firenze, 6 agosto 1869 (*ivi*, XXI, 2, 553); A. Genova, 11 aprile 1870, Guidotti utrinque (*ivi*, XXII, 2, 292); A. Casale, 15 aprile 1872, Castelli-Carrà (*Ann.*, VI, 2, 330); A. Torino, 13 luglio 1874, Salati-Avviena c. Salati (*Giur. it.*, XXVI, 2, 582); Cass. Torino, 22 dicembre 1870, Pallavicini-Gavotti (*ivi*, XXII, 1, 997); 16 febbraio 1872, Bartolini-Ruffini c. Guglielmini (*ivi*, XXIV, 1, 104); 17 aprile 1894, Saliva-Saliva (*Giur.*, Torino, 1894, p. 772); 25 marzo 1896, Risso-Malatesta (*ivi*, 1896 p. 229).

Nel senso della quota di fatto: Fulci, *Succ.*, § XXVI; Piccaroli, nella *Giurispr.* Torino, VII, p. 309; Piccinini, *ivi*, VIII, p. 36; Direzione della *Giur.* Torino, IX, p. 162; Gianturco, op. cit., p. 69; Gariazzo, *Legge*, 1867, 1, 35; Giove, *ivi*, 1868, 1, 681; Gazzi, *Ann.*, VII, 4, p. 82; Precerutti, *Legge*, 1868, 1, 525; Paoli, *Studi di giur. comparata*, p. 5; Bianchi Ferd. nella *Giur. it.*, XLIV, 2, 414 in nota; Di Benedetto, *Studi giuridici*, p. 5 e seg.; Semeraro, nel *Foro it.*, I, 1, 1302 in nota; Cavallaro-Freni, op. cit., p. 206 e seg.; Manenti, *I casi pratici delle successioni legittime*, p. 48 a 134; Angelini, nel *Monit. notar.*, V, p. 340; Lomonaco, nel *Filangieri*, III, 1, p. 1667; Todaro della Galia, *La successione legittima dei fratelli unil.*; Raisini (*Riv. leg.*, 1879, p. 233); Marchesini, *Studi di diritto*, p. 267 e seg.; Di Marco, nel *Circ. Giur.*, 1884, 3; Cass. Napoli, 18 agosto 1869, Politi-Gianotti c. Politi (*Giur. it.*, XXI, I, 575); A. Napoli, 1° luglio 1870, Politi-Gianotti (*Gazz. trib.*, Napoli, XXIII, p. 491); A. Torino, 4 luglio 1871, Bartolini-Ruffini utrinque (*Giur. it.*, XXIII, 2, 526); 28 marzo 1874, Richard Arnaud-Rei (*ivi*, XXVI, 2, 145); Cass. Napoli, 13 luglio 1875, Melchiore-Simone (*Ann.*, IX, 1, 427); Cass. Firenze, 13 luglio 1876, Di Velo-Di Velo (*ivi*, XXVIII, 697); A. Modena, 14 febbraio 1880, Colfi-Colfi (*Ann.*, XIV, 3, 362); A. Roma, 10 maggio 1881, Colizzi Faccini-Sesti (*Foro it.*, VI, 1, 564); A. Catania, 1 maggio 1882, Polare-Polare (*Foro ital.*, VII, 1, 546); A. Palermo, 9 febbraio 1884, Sileci-Sala (*Foro it.*, IX, I, 1114); A. Torino, 30 aprile 1884, Giaria-Lanti (*Giur. it.*, XXXVI, 2, 510); A. Genova, 15 luglio 1891, Saliva utrinque (*ivi*, XLIV, 2, 414); A. Milano, 4 dicembre 1891, Corvi-Dea (*ivi*, XLIV, 2, 124); Cass. Firenze, 28 novembre 1892, Torri utrinque (*ivi*, XLV, 1, 84); Cass. Palermo, 19 agosto 1893, Sammartano-Ragona (*Foro it.*, XVIII, 1, 1346); A. Palermo, 15 novem. 1895, Mantella-Ramistella (*Foro it.*, XX, 1, 1320); A. Casale, 15 settembre 1896, Risso-Malatesta (*Foro it.*, XXI, 1, 1349).

L'importanza della questione ci consiglia a riprodurre per disteso due almeno delle suenunciate pronunzie delle nostre Corti supreme sull'argomento.

Nel senso della quota di fatto, così ragionava la Cassazione di Firenze in sua pronunzia del 28 novembre 1892:

« Alla successione intestata di Giovanni Torri concorrevano due fratelli germani ed otto consanguinei. Non essendo d'accordo sulla divisione dell'eredità, i consanguinei chiesero giudicialmente la metà della quota *di fatto spettante per capi* ai due germani e che venisse così assegnato ad ognuno di essi un dodicesimo dell'asse ed un sesto per uno ai germani, i quali sostennero che il diritto dei consanguinei si limitava alla metà della *virile* o *quota juris* consistente in un ventesimo, e che sei ventesimi per ciascuno toccavano ad essi germani. Il tribunale di Padova ed in appello la Corte di Venezia, accogliendo la domanda degli attori, decisero, in conformità anche della più recente giurisprudenza, che nel concorso di fratelli germani e fratelli consanguinei ad una successione legittima, i consanguinei succedendo anch'essi per capi devono avere la metà *effettiva* e concreta della quota spettante a ciascuno dei fratelli germani, ossia la quota di fatto.

« Il ricorso riproduce la questione così risoluta, denunziando: *a*) la violazione e la falsa interpretazione dell'articolo 741 del Cod. civile; — *b*) la violazione del principio di diritto: *semper in obscuris minimum est sequendum* e art. 3 al. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile; — *c*) la mancanza di motivazione e conseguente violazione del suddetto art. 3 delle disposizioni preliminari.

« *Sul primo mezzo.* — Considerando che il doppio vincolo materiale e morale che unisce i germani determina la disparità di trattamento dei consanguinei concorrenti alla successione legittima, i quali, secondo l'art. 741 Cod. civ., *hanno diritto alla sola metà della quota che spetta ai germani*, essendo l'eguaglianza mantenuta nelle stesse proporzioni successorie soltanto fra consanguinei e uterini. Il dubbio, che persiste, riguarda il modo di dividere l'eredità comune ai germani ed ai consanguinei e di fissare la quantità o meglio proporzione delle rispettive quote successorie, cioè se devono farsi tante parti o porzioni quanti sono i coeredi assegnando la metà ai consanguinei e repartendo il resto, ossia l'altra metà fra i germani, ovvero dare ad ogni consanguineo la metà della quota spettante ai germani contando per due ognuno di essi. In quest'ultimo senso fu inteso ed applicato l'art. 741 dalla denunziata sentenza a cui apparve chiara la controversa disposizione. E tale risulta se si considera che l'art. 741 regola esclusivamente la successione dei collaterali senza alcun riferimento agli articoli pei quali la successione si fa *pro virili*, e se si tien conto altresì della redazione diversa e pensatamente cambiata, la quale induce a ritenere che siasi voluto attribuire ai consanguinei la metà effettiva invariabile della quota di ciascun germano, cioè una quota *facti*. Senza dubbio le parole: *metà della quota che spetta (o spettante) ai germani*, non equivalgono alle altre: *che sarebbe loro spettata*, adoperate dal Codice per determinare la

**lasciando discendenti, questi ultimi sottentrano nella quota che sarebbe spettata al loro genitore predefunto, giusta le norme del diritto di rappresentazione. Ma *quid* se tutti i fratelli e sorelle rinunzino lasciando discendenti: l'ere-**

virile nelle consuccessioni dei figli naturali coi legittimi. La differenza delle due formule esclude il concetto della divisione *pro virili*, più specialmente avvertendo che nelle precedenti redazioni o progetti del Codice civile, non si conteneva la variante introdotta nell'art. 741, con la quale si volle stabilire una proporzione di successione corrispondente al grado e vincolo di parentela, dando una quota doppia al congiunto per due gradi e la quota mezza al congiunto per un solo grado di fronte al *de cuius* morto intestato, della cui famiglia legale fa parte il consanguineo come il germano. Ed il significato della nuova formola dell'art. 741 si trova spiegato dalla relazione ministeriale con queste parole: « tenendo conto del doppio vincolo, gli unilaterali consanguinei e uterini avranno soltanto la metà della quota che spetta ai germani », locchè col sistema della virile non poteva invariabilmente verificarsi. — Perciò la locuzione mantenuta negli art. 744 e 815: *quota che sarebbe spettata ai figli naturali concorrenti coi legittimi*, somministra un valido argomento d'interpretazione dell'art. 741, con cui si volle attribuire in ogni caso ai consanguinei una quota metà di quella del germano, e così una quota di fatto, non una quota *juris* astratta, variabile secondo l'entità dell'asse ed il numero dei concorrenti alla divisione. L'assegnazione della metà della quota che *spetta* o *spettante* ai germani, non è condizionale come quella contenuta negli art. 741 e 815, per cui stando al significato delle parole ed alla intenzione del legislatore manifestata nella relazione ministeriale esplicativa dell'art. 741, si induce che la divisione deve operarsi per capi secondo l'articolo 740 col metodo della quota di fatto, che è il risultato del calcolo di ogni germano per due capi e di uno per ciascun consanguineo. Nè ha valore l'argomento che la dizione diversa dell'art. 741 equivalga a quella degli art. 744 e 815, o che sia casuale, inavvertita, o semplice correzione di forma, di fronte alle riferite parole della relazione Pisanelli esclusive della virile e della mezza virile, dai cui risultati sempre variabili e mai costanti ne conseguirebbe che il consanguineo in nessun caso avrebbe la metà della quota spettante ai germani. — Nè il disposto dell'art. 740 resiste all'interpretazione dell'art. 741, cioè che la divisione si effettui col sistema della quota *facti*, perchè nell'ipotesi del concorso all'asse dividendo di fratelli germani e consanguinei con i genitori, la disposizione dei due articoli è identica, e non sussiste che non esistendo i germani, manchi il criterio per calcolare la quota di fatto devoluta all'unilaterale. Secondo l'art. 740 la quota dell'unilaterale dovendo essere la metà di quella del germano, e la quota di questo essere eguale all'altra dell'ascendente che conta allo stesso modo dei germani, l'eguaglianza delle due quote dell'ascendente e del germano somministra il modo di calcolare la metà dovuta all'unilaterale. La misura delle quote su quella che in astratto potesse o *dovesse spettare* ai germani non fu preferita dal Codice, nè era preferibile al metodo della quota di fatto, più razionale ed equitativo, per chi fa parte della famiglia legale, i cui diritti successori non possono essere messi in confronto con quelli della famiglia naturale, regolati da speciali disposizioni.

« *Sui mezzi secondo e terzo.* — Considerando che applicato correttamente l'art. 741 preteso violato e falsamente interpretato, non può (come si dice) essere la sentenza incorsa nella violazione della regola interpretativa *semper in obscuris minimum est sequendum*, nè avere omesso di motivare, perchè la questione sull'art. 741 apparve chiara ed evidente alla Corte di Venezia, la quale non aveva obbligo, risoluta la questione unica ed assorbente, di confutare gli argomenti addotti a difesa della tesi che rigettava senza discutere la subordinata, dipendente e diretta anch'essa a sostenere la repartizione coll'assegno e distribuzione fittizia della quota *juris* che si ottiene con argomenti che perdono valore quando si ammette che il sistema della quota di fatto sarebbe preferibile *in lege condenda*.

« Per questi motivi, rigetta, ecc. ».

Per contro nel senso della quota di diritto così motiva la Corte Suprema di Torino in causa Saliva c. Saliva, 17 aprile 1894:

« La Corte di cassazione di Torino,

« Sentito, ecc. (conclusioni Cisotti, S. P. G., per l'accoglimento del ricorso).

« Attesochè si tratta della nota questione se succedendo fratelli consanguinei od uterini in concorso di fratelli germani, la porzione ereditaria spettante ai primi sia la cosidetta *quota di fatto*, vale a dire la metà di quella che in fatto, come risultato della divisione, vengono a prendere i germani, ovvero la quota di diritto, o più esattamente la metà della quota che di diritto, per virtù di legge, compete ai germani; in altri termini, la metà della virile.

« I giudici del merito adottarono la prima soluzione, ma la Corte Suprema trova, come altre volte, preferibile la seconda, e ciò per le seguenti considerazioni:

« 1° La disputa sorge dalla letterale disposizione dell'articolo 741 Cod. civ., che così si esprime: « A colui che muore senza lasciar prole, nè genitori, nè altri ascendenti, succedono i fratelli e le sorelle per capi, e i loro discendenti per stirpi. I fratelli però e le sorelle consanguinei od uterini e i loro discendenti, concorrendo con fratelli e sorelle germani, o loro discendenti, hanno diritto alla sola metà della quota che spetta ai germani ».

« È in queste ultime parole: « metà della quota che spetta ai germani », parole racchiudenti un concetto non condizionale, ipotetico, ma categorico, assoluto, che i propugnatori della quota di fatto credono trovare un argomento insuperabile, decisivo, in favore del loro assunto. Ma, ove non si dimentichi che pericoloso è presumere d'interpretare una legge *nisi tota lege perspecta*, e si esamini la disposizione surriferita in correlazione con quella dell'art. 740, colla quale è strettamente connessa; non solo il supposto argomento filologico svanisce, ma si giunge a conclusione diametralmente opposta.

« Di vero, l'art. 740 incomincia col dire:

« Se coi genitori o con uno soltanto di essi concorrono fratelli e sorelle germani del defunto, tutti sono ammessi alla successione del medesimo per capi, purchè la porzione in cui succedono i genitori od uno di essi non sia minore del terzo ». *Per capi*, dice la legge; qui dunque il sistema della virile è senza possibilità di ambagi positivamente stabilito.

« Ma la legge prosegue: « se vi sono fratelli o sorelle consanguinei od uterini, succedono anch'essi; ma, concorrano con germani o siano soli, conseguono la sola metà della quota spettante ai germani ».

« Ora quale sarà cotesta quota spettante ai germani?

« Manifestamente la quota determinata dalla disposizione precedente, ossia la virile, e per conseguenza la porzione che conseguono gli unilaterali non potrà essere che la metà della virile. Sarebbe infatti inconcepibile che nel contesto di un medesimo articolo, nella continuazione di un medesimo discorso sopra due parti connesse di un medesimo tema, volesse il legislatore, con espressione non atta certamente a manifestare in modo sicuro una diversa volontà, introdurre due differenti sistemi di successione.

« Finalmente il legislatore, progredendo nel medesimo ordine di provvedimenti, considera il caso che il defunto non abbia lasciato a succedergli che fratelli o sorelle. Ma poichè questo caso può dar luogo a due distinte ipotesi, l'una che i fratelli e le sorelle siano tutti germani o tutti unilaterali, l'altra che in parte siano germani, in parte unilaterali, conferma per la prima ipotesi la regola della successione per capi (conseguenza del quale principio è poi la successione per stirpi, se si tratta di discendenti dei fratelli) e stabilisce per la seconda che gli unilaterali hanno diritto alla sola metà della quota che spetta ai germani. L'espressione *che spetta* non ha indubbiamente un valore grammaticale diverso da quello della voce *spettante* usata superiormente. Con qual logica pertanto a due termini identici potrebbesi nel corso di un medesimo ordine di disposizioni attribuire due significati legislativamente diversi?

« La legge in sostanza dice chiaramente: « Genitori e fratelli germani succedono al defunto per capi; se vi sono anche fratelli consanguinei od uterini, succedono essi pure, ma conseguono la sola metà della quota che spetta ai germani; che è quanto dire *metà della virile* ».

« Or bene, gli oppositori per far trionfare il loro sistema sono costretti a sostituire alle ultime parole della legge queste

**dità si devolverà essa esclusivamente agli ascendenti, o con questi anche ai nipoti, e con quali norme? Interpretando empiricamente il disposto dell'art. 946 Cod. civile, dovrebbe dirsi che nella cennata ipotesi l'eredità si con-**

altre: « ma conseguono la sola metà della quota che di *fatto* nel risultato della divisione ricevono i germani ».

« Alla locuzione *che spetta* equivalente all'altra *cui hanno diritto* si sostituisce la voce *ricevono* o *prendono* esprimenti un concetto di mero fatto, e invece di essere gli unilaterali, che conseguono la metà della quota cui hanno diritto i germani, sono questi che ricevono il doppio di quello cui pretende aver diritto ciascun unilaterale, mentre è pure ovvio che se tale fosse stato il pensiero del legislatore non avrebbe esso mancato di usare espressioni corrispondenti.

« Ciò non è più interpretare, ma foggiare la legge secondo il proprio desiderio.

« L'argomento pertanto che si pretende desumere dal significato categorico della formola *spettante*, che *spetta*, se potrebbe aver valore qualora la seconda parte dell'art. 740 e la disposizione dell'art. 741 si trovassero isolate per sè stanti, non ne ha alcuno dal momento che ambedue sono rette dalla prima parte dell'art. 740, che pone come base fondamentale per la successione dei fratelli la virile.

« Accertata per tal modo la quota dovuta di diritto ai germani e la sua concretazione non dipendendo che da un calcolo aritmetico, il legislatore, quando allude alla medesima nelle disposizioni successive, non ha alcun bisogno di adoperare la formola condizionale *che spetterebbe.*

« In diritto la quota non può più essere dubbia; è dunque una quota *spettante, che spetta* al germano, e la locuzione usata dal legislatore armonizza perfettamente col concetto di una quota di diritto.

« La Corte genovese facendo proprio un argomento dei sostenitori della contraria dottrina e che si traduce ancor sempre in un raffronto fra la formola condizionale e la formola assoluta, osserva che nessun dubbio sarebbe permesso sull'intenzione del legislatore d'attribuire ai germani la quota di diritto, se si fossero mantenute le disposizioni degli art. 939 e 940 del progetto Miglietti, nelle quali si leggevano le espressioni: *metà di quanto* (gli unilaterali) *avrebbero se fossero germani, metà della quota che loro spetterebbe se fossero germani*, ma, essendosi sostituite le parole *spettanti, che spettano*, la modificazione del dettato non può che essere stata suggerita dall'intendimento di sanzionare, nel conflitto dei diversi sistemi precedentemente in vigore, il principio che ha il suo fondamento nel sangue e nell'affezione.

« Ma, oltrechè la nessuna concludenza del menzionato raffronto già appare manifesta dalle premesse considerazioni, per le quali è dimostrato che, inteso logicamente il testo della legge quale è, il sistema che ne risulta è quello della quota *iuris*, non della quota *di fatto*, il raffronto poi è anche fuori di luogo ove si consideri che la formola condizionale nel progetto Miglietti si riferiva non ai germani, ma agli unilaterali, in considerazione di un'ipotesi puramente ideale, quella che invece di essere consanguinei od uterini fossero germani, e all'incontro nel Codice vigente la formola assoluta concerne i germani, che sono tali non in ipotesi, ma in realtà, e la cui quota è già precedentemente stabilita; della quale, se nuovamente si fa cenno, gli è all'unico scopo di indicarla come base per determinare, riducendola alla metà, la quota dovuta agli unilaterali. Del resto, una dimostrazione autentica, se pur ve ne fosse mestieri, che le riferite espressioni del progetto Miglietti e del progetto Pisanelli, divenuto poi legge, erano nel pensiero dei rispettivi autori destinate ad esprimere un identico concetto, si avrebbe tanto nella relazione della Commissione del Senato sul progetto del Codice civile (lib. III, n. 205, relat. Vacca), quanto in quella della Camera dei deputati (lib. III, n. 48, relatore lo stesso Pisanelli), in ambedue le quali, dandosi ragione delle disposizioni degli art. 740, 741, si osserva che il progetto, tenendosi equidistante dagli opposti sistemi che, o tutto accordavano, o tutto negavano alla prerogativa del *doppio vincolo*, accolse un equo temperamento attribuendo agli unilaterali la metà della quota che spetterebbe ai germani. Per conseguenza tutto si riduce ad una semplice correzione di forma, come tante se ne riscontrano nel progetto Pisanelli, confrontato con quello Miglietti, non ad altro dirette che a rendere il testo della legge più conciso e concreto, senza menomamente alterarne il concetto.

« E per ciò stesso perde ogni valore l'altro argomento, che si vorrebbe trarre dall'essersi nell'art. 744 conservato il condizionale *sarebbe spettata*, che già trovavasi nel progetto Miglietti. La cosa è affatto naturale. Negli articoli 740 e 741 il senso preciso della formola categorica era già spiegato dal contesto dei due articoli, invece nell'art. 744 non versandosi più nello stesso tema, la locuzione categorica avrebbe potuto dar luogo ad ambiguità ed incertezza, che, per quanto lieve, era conveniente rimuovere.

« 2° È noto che, secondo il diritto giustinianeo (Nov. 118, cap. III) i fratelli unilaterali erano chiamati alla successione del fratello defunto soltanto in mancanza di germani. Questo sistema era stato seguito dal Codice sardo, dal parmense e dall'estense.

« In Toscana, pel favore che quella legislazione accordava agli agnati, concorrevano coi germani i consanguinei, non gli uterini.

« Il Codice delle Due Sicilie chiamava simultaneamente ed indistintamente i germani e gli unilaterali. All'incontro secondo il Codice francese e l'austriaco l'eredità dividevasi in due parti eguali, di cui l'una devolvevasi ai discendenti della linea paterna, l'altra ai discendenti della linea materna.

« Il primo progetto del Codice italiano dovuto al ministro Cassinis escludeva, come il sardo e gli altri due suindicati, gli unilaterali in concorso dei germani. Ma siffatto sistema incontrò forte opposizione segnatamente da parte della magistratura lombarda, che chiedeva l'ammissione dei collaterali secondo le norme del Codice austriaco, in quelle provincie a quel tempo tuttora vigenti. Fu a seguito di ciò che il ministro Miglietti presentando un nuovo progetto propose negli art. 939 e 940 la partecipazione degli unilaterali nei termini superiormente riferiti. La redazione di quegli articoli non lasciava possibilità di dubbio sul significato della parola *quota*; e il ministro Pisanelli riproducendo nella sostanza il progetto Miglietti, ne variava bensì, come pur sopra fu avvertito, il dettato, ma di tale variazione non disse parola nella sua relazione, e invece spiegò il concetto dei da lui proposti art. 740 e 741 nei termini seguenti: « Niuno può disconoscere che i fratelli e le sorelle germani, educati per lo più, assieme e con eguaglianza di trattamento, contraggano vincoli più sentiti di affezione che rafforzano quelli del sangue e li rendono incancellabili anche nell'età più matura. Per contro i fratelli e le sorelle nate da un matrimonio diverso, o sono educati separatamente, o convivendo insieme non sono in famiglia riguardati con occhio egualmente benevolo, onde i sentimenti d'affezione non si sviluppano e non si rafforzano come avviene fra i germani. Ma se è certo che esista fra questi ultimi una maggiore affezione che fra i primi, non può tuttavia ammettersi che tale prevalenza sia così assoluta da escludere un'affezione abbastanza intensa fra gli unilaterali. Nel progetto si è perciò seguito una via di mezzo. Tutti i fratelli e le sorelle germani od unilaterali succedono assieme, anche in concorso degli ascendenti del defunto, ma tenendo conto del doppio vincolo, gli unilaterali avranno soltanto la metà della quota che spetta ai germani. Questo sistema è analogo, ma non identico, a quello del Codice francese, il quale dividendo l'eredità per linea riesce meno equitativo nelle sue pratiche conseguenze. Supponendo infatti che siano chiamati alla stessa successione un fratello germano, un consanguineo e due uterini, il consanguineo che si trova solo nella sua linea col germano viene a conseguire una porzione maggiore di quella devoluta agli uterini; facendo il caso inverso, l'uterino troverebbesi avvantaggiato in raffronto ai consanguinei. Secondo il sistema adottato nel progetto, è sempre mantenuta l'eguaglianza tra i fratelli consanguinei e gli uterini ».

« Da queste parole riesce dunque a fior d'evidenza dimostrato, che in tanto il legislatore italiano si discostò dal sistema dei Codici francese ed austriaco, in quanto il sistema stesso conduceva ad un disuguale trattamento degli unilaterali, che in numero disuguale fossero in parte consanguinei, in parte uterini, ma nei rapporti degli unilaterali coi ger-

solidderebbe tutta negli ascendenti, restandone esclusi i nipoti, disponendosi dal citato articolo che " nelle successioni legittime, la parte di colui che rinuncia si accresca ai suoi coeredi ". Sononchè, crediamo che l'art. 946 si riferisca al caso in cui *in uno stesso ordine di successori*, alcuni rinunzino, altri accettino; non già al caso in cui *concorrendo più ordini di successori*, rinunzino i prossimi in grado di un ordine solo, rimanendo altri successibili di ulterior grado nell'ordine stesso. In questa ipotesi crediamo che la rinunzia nè giovi nè pregiudichi ai successibili accettanti dell'altro ordine. Così, per venire più specificamente al caso che ci occupa, non crediamo che i discendenti di fratelli o sorelle del defunto, che si trovino in confronto d'ascendenti, abbiano a dirsi esclusi dalla successione solo perchè i loro rispettivi genitori, anzichè premorti, siano rinunzianti, non valendo questa circostanza a rimuovere quella presunzione in loro favore che li avrebbe fatti indubbiamente concorrere cogli ascendenti se succedessero per rappresentazione. Per altra parte riteniamo che l'accidentalità che gli ascendenti succedano, anzichè con figli, con nipoti di figli rinunzianti, non possa pregiudicare od alterare in alcuna guisa le ragioni successorie di essi ascendenti. Un figlio muore lasciando superstiti il padre ed un fratello germano avente cinque figli. Al padre spetterebbe metà del retaggio. Se il fratello rinunzia, ove la quota del padre dovesse misurarsi in confronto ai nipoti, la sua porzione si troverebbe ridotta ad un terzo, cosicchè rimarrebbe in arbitrio al fratello del defunto, accettando o rinunziando, di procurare al genitore una parte maggiore o minore; soluzione manifestamente inammessibile. Diremo dunque che anche la prole dei fratelli rinunzianti consuccede cogli ascendenti; ma questi ultimi, anche in tale ipotesi, conseguono la stessa quota cui avrebbero diritto se i genitori della prole che succede avessero accettato (1). Analoga soluzione dovrebbe darsi al caso inverso in cui, accettando i fratelli del defunto, si rendessero rinunzianti il costui genitore o genitori, essendo superstiti ascendenti di grado ulteriore.

---

mani volle mantenere rispettato a favore di questi il doppio vincolo di sangue, che costituisce il fondamento del sistema francese ed austriaco, in forza del quale i germani, come soli rappresentanti la linea del genitore che soli hanno comune col defunto, hanno pur solo diritto alla metà che idealmente si suppone proveniente dal genitore medesimo, e concorrono cogli unilaterali nell'altra metà come rappresentanti assieme a questi la linea dell'altro genitore.

« È dunque in tale senso che il sistema del Codice patrio è detto analogo, non identico a quello del Codice francese. Come infatti potrebbe dirsi nemmeno lontanamente analogo un sistema, che conducesse a conseguenze tanto discordanti? Prendasi infatti ad esempio il caso concreto: è fuori di dubbio, che dividendosi l'eredità in due parti, ed assegnandone una all'unico germano, e l'altra in parti eguali al germano ed alle tre sorelle consanguinee, il primo verrebbe a conseguire 5 ottavi, le sorelle un ottavo cadauna, mentre col sistema seguito dalla sentenza il germano avrebbe diritto a due quinti, le sorelle un quinto cadauna.

« E come supporre che il ministro Pisanelli volesse introdurre una variazione di tanta importanza, come quella che verrebbe a sostituire una quota di fatto alla virile, senza farne alcun cenno nella sua relazione?

« E se tale fu il pensiero dell'autore del progetto, sarebbe irragionevole negare, che tale sia pur stato quello del legislatore. Imperocchè, mentre è certo che il testo degli art. 740 e 741 fu oggetto di accurato studio da parte delle Commissioni legislative, essendo anzi alla Commissione senatoria che si deve l'aggiunta dell'inciso: « concorrano con germani o siano soli », e la sostituzione del participio *spettante* all'indicativo *che spetta* nell'art. 740, e mentre è pure costante facendone fede le due relazioni delle dette Commissioni, che la questione racchiusa negli articoli medesimi era uno dei punti sui quali fu espressamente richiamata l'attenzione del potere legislativo, d'altro canto emerge dalla discussione parlamentare sul progetto di unificazione legislativa, che nella Camera dei deputati vi fu bensì chi sorse a biasimare il progetto Pisanelli, perchè non avesse fatto proprio l'ordinamento della Novella 118, tanto meno favorevole agli unilaterali, ma che pure era vantato come il più conforme alla ragione naturale, alla presunta volontà del defunto, ai doveri di famiglia, insomma il più perfetto possibile (Tornate dal 9 al 24 febbraio 1865, deputato Viora), ma non una voce si alzò, sia nella Camera elettiva, sia nella vitalizia, a sollevar dubbi sull'intelligenza degli articoli in parola quale appariva dalle relazioni, e tanto meno a censurarne le disposizioni, come illiberali nei rapporti dei consanguinei ed uterini.

« 3° Stabilita nel modo anzidetto l'indubbia volontà del legislatore, vana opera sarebbe indugiarsi ad indagare, se poi il sistema adottato sia il più razionale, il meglio rispondente alla presunta volontà del defunto, al sentimento di famiglia, ciò dipendendo in gran parte da apprezzamenti soggettivi, che in nessun caso potrebbero prevalere alla legge. Solo per dimostrare con quanto poco fondamento siasi dai giudici del merito invocato come argomento decisivo il vago criterio del sangue e dell'affezione, gioverà ricordare, come anche questo elemento sia bensì stato tenuto in conto dal legislatore, ma in misura ben diversa da quella supposta dalla Corte genovese.

« Come sopra si è veduto, il sistema del Codice patrio è in sostanza quello del Codice francese. Ma questo pure era già una transazione tra l'ordinamento romano che nulla accordava agli unilaterali in concorso dei germani, e la regola *paterna, paternis, materna, maternis*, vigente ancora nel secolo scorso non solo in molte parti della Francia, ma anche in altri paesi europei (Fiandra, Franconia, Svezia, ecc.), e in forza della quale i beni immobili provenienti dall'eredità paterna dovevano appartenere ai congiunti della linea paterna, quelli provenienti dall'eredità materna ai congiunti della linea materna. Questa regola, che secondo la diversa maniera di interpretarla ed applicarla nei singoli paesi, dava luogo ad altrettante successioni quante erano le categorie di beni, e cioè gli immobili già pervenuti alla famiglia per successione, gli immobili ultimamente acquistati dal defunto e i mobili, era già stata abolita dalla legge 17 nevoso anno 2°, la quale però, prendendo dal diritto romano il concetto dell'unità del patrimonio ereditario, conservò la prerogativa del doppio vincolo, per effetto del quale, supponendosi che ambedue le famiglie, la paterna e la materna, avessero in eguale proporzione contribuito a formare il patrimonio ereditario, questo si divideva in due parti eguali ed erano chiamati a succedere i parenti rispettivamente più prossimi di ciascuna linea. Questo è il principio, che passato nel Codice francese, fu poi adottato dall'italiano, colla sola differenza già sopra avvertita del perfetto pareggiamento dei consanguinei e degli uterini fra di loro, benchè concorrenti in numero disuguale.

« Ora da ciò si rende manifesto, che se il vincolo di sangue e l'affezione di famiglia furono causa diretta del menzionato pareggiamento degli unilaterali, il principio però che presiede alla divisione per linee non è soltanto la presunta intenzione del defunto, determinata dalla predilezione pei parenti più prossimi (tant'è che i fratelli concorrono anche coi genitori), ma eziandio il dovere di restituire, in mancanza di discendenti, a ciascuna famiglia i beni che da essa si considerano ricevuti. Sarà questo un sistema che potrà parere più o meno appagante a seconda del rispettivo modo di vedere, ma che non presenta nulla di illogico in se stesso, e non dà luogo nella sua pratica applicazione a quegli inconvenienti, che ai suoi avversari piacque immaginare. Conseguentemente e la parola e la ragione storica e giuridica della legge concorrono a dimostrare l'insostenibilità della tesi della quota di fatto, e la denunciata sentenza, che in senso di questa interpreto gli articoli 740 e 741 Cod. civ., non può sfuggire al chiesto annullamento.

« Per questi motivi cassa la sentenza 7-15 luglio 1892 della Corte d'appello di Genova e rinvia alla Corte d'appello di Torino, ecc. ».

(1) Pacifici-Mazzoni, p. 318.

**109.** Se il defunto avesse lasciato superstite prole naturale legalmente riconosciuta, questa rivendicherebbe a sè i due terzi dell'eredità, restando l'altro terzo per gli ascendenti e rimanendo così esclusi i fratelli e sorelle del defunto (1).

Per contro, se il defunto avesse lasciato superstite il coniuge, quest'ultimo, concorrendo cogli ascendenti, non avrebbe diritto che ad un terzo dell'eredità, rimanendo gli altri due terzi agli ascendenti (2).

Se, infine, concorressero ad un tempo ascendenti, coniuge e fratelli e sorelle del defunto, ciascun ordine di successibili avrebbe diritto ad un terzo dell'eredità (3).

**110.** Se il defunto non lasci superstiti ascendenti, ma soli fratelli e sorelle o costoro discendenti, succedono i fratelli e le sorelle per capi e i loro discendenti per stirpi.

I fratelli però o le sorelle consanguinei od uterini, e i loro discendenti, concorrendo con fratelli o sorelle germani o loro discendenti, hanno diritto alla sola metà della quota che spetta ai germani (4). — Questa locuzione della legge evidentemente non può avere altra interpretazione che quella analoga dalla legge stessa adoperata nel disciplinare il concorso dei fratelli cogli ascendenti.

Vuolsi ancora avvertire che se il defunto, oltre a fratelli o sorelle, lasci superstite anche il coniuge, è dovuto a questo il terzo dell'eredità (5).

**111.** Morendo alcuno senza lasciare nè discendenti, nè ascendenti, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da essi, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto, senza distinzione di linea paterna o materna (6). Conseguentemente la successione, in questa ulterior linea collaterale, si devolverà anzitutto agli zii, poscia ai cugini germani, ai cugini di secondo grado, e così via via. In quest'ordine di successori, come già avemmo ad osservare, non ha luogo diritto di rappresentazione. Di conseguenza, supposto ad esempio che taluno deceda lasciando superstiti un cugino germano ed il figlio di altro cugino germano premorto, il cugino germano superstite rivendicherà a sè tutta l'eredità (7).

La successione si apre a favore del congiunto o congiunti più vicini al defunto, senza distinzione di linea paterna o materna; e ciò in conformità al generale principio sancito dalla legge all'art. 722, per cui la legge nel regolare la successione considera la prossimità della parentela, e non la prerogativa della linea nè la origine dei beni. Per analoghi motivi, se parecchi siano i congiunti in egual grado al defunto, gli uni appartenenti alla linea paterna, gli altri alla materna, l'eredità si dividerà fra essi per capi e non per linee, qualunque sia il numero degli appartenenti all'una e all'altra linea. Così se il defunto lasci un cugino germano dal lato paterno e cinque cugini d'egual grado dal lato materno, spetterà tanto al primo come agli altri cinque un sesto per caduno dell'eredità (8).

La prossimità della parentela è l'unico criterio ammesso dalla legge per la distribuzione del retaggio in questo

(1) Art. 745 Cod. civ.

(2) Art. 754 Cod. civ.

(3) Cit. art. 754.

(4) Art. 471 Cod. civ.

(5) Cit. art. 754.

(6) Art. 742 Cod. civ.

(7) V. *retro*, n. 82. In questo senso statuiva pure la Corte Suprema di Napoli in sua pronunzia delli 8 ottobre 1892, Ferraro-Sommella (*Giur. it.*, 1892, 1, 1, 1146), così ragionando:

« La Corte osserva in fatto ed in diritto:

« Il sacerdote Francesco Sommella passava agli eterni riposi intestato, e si immisero in possesso dell'eredità di lui lo zio paterno Gennaro Sommella, e gli zii materni Luigi, Giuseppe, Concetta e Teresa Tommaselli.

« Adirono il magistrato i figli di Fortunata Sommella predefunta e i figli di Carmela Sommella anche predefunta, e chiesero dal Gennaro Sommella e dai Tommaselli la divisione della eredità del sacerdote, e citarono pure a concorrervi i figli di altra zia paterna predefunta Pasqua Sommella. Sostenevano essi avere diritto alla eredità per diritto di rappresentazione delle loro madri.

« Fece intervento Matilde Alfano, figlia di altra sorella predefunta, e sostenne dovere tutti succedere per capi nonostante il grado disuguale, dovendosi avere riguardo alle linee, e non al grado. Il tribunale dichiarò carenti di diritto gli attori e la interventrice, la Corte d'appello con la sentenza denunziata rigettò l'appello.

« Avverso questa sentenza della Corte ha prodotto ricorso la sola Concetta Ferraro, una delle quattro figlie della defunta Fortunata Sommella.

« Atteso che i sei motivi del ricorso si compendiano in un solo assunto, ed è quello che escogitò la interventrice Matilde Alfano, che cioè, nella linea collaterale per regolare le successioni debbasi aver riguardo alla linea, o alle linee più vicine al defunto, non al grado, che dice la ricorrente essere personale.

« Atteso che, checché voglia dirsi dal ricorrente sulle singole proposizioni contenute nella sentenza denunziata, certo è che il concetto della Corte e l'intelligenza data all'art. 742 del Codice corrispondono ai retti principii di sani criteri legali, e sono paralleli alla parola ed al concetto della legge.

« Atteso che l'art. 742 chiama alla successione il congiunto o i congiunti più vicini al defunto in mancanza di prole, di genitori, di ascendenti, di fratelli o sorelle, e secondo lo assunto è da vedersi se questa parentela, se questi più vicini debbano calcolarsi nel grado, o nella linea, ovveramente linee, da equipararsi in un grado medesimo tutte quante, non essendo il grado che un risguardo, un rapporto singolo personale individuale. Ma basta porre l'occhio alla dizione dell'articolo medesimo per venire nella determinazione, che l'art. 742 riguardi il grado e non la linea, che esso proclami ed elevi a precetto legislativo il broccardico della scienza latina *proximus remotiorem excludit*. Di fatti anche rispetto ai mancanti per farsi luogo alla successione collaterale, si rileva di leggieri come la legge proceda per gradi: figli, o prole, genitori, ascendenti, fratelli o sorelle; ecco come campeggia il concetto del grado e non delle linee.

« Atteso che il grado è nella linea, non la linea nel grado, epperò quantunque volte la legge parla di prossimità, o vicinanza di parentela in contrapposto della lontananza, non puossi mai aver riguardo alla linea, ma al grado, perocchè nella linea stessa possono riscontrarsi più gradi, dei quali l'uno è prossimo, l'altro remoto; e considerandosi la linea e non il grado, non si potrebbe avere il più vicino, o il più lontano. È testuale la disposizione nell'art. 49: « La prossimità della parentela si stabilisce secondo il numero delle generazioni. Ciascuna generazione forma un grado. La serie dei gradi forma la linea ».

« Atteso che da una assurda conseguenza potrassi ancora rilevare lo assurdo punto di partenza della ricorrente.

« Nella esistenza di un solo zio del *de cujus* con figli, dovrebbero tutti concorrere per capi alla successione, laddove il padre esclude i figli, come più prossimo in parentela al *de cujus*.

« Atteso che non puossi ideare neppure la teorica della ricorrente, che esclude il grado più vicino, o più lontano, e riferisce il vicino dell'art. 742 alla linea senza volere necessariamente ammettere una rappresentazione dei predefunti, affine che i remoti rimontino al grado dei vicini per equiparare le linee; e tutto ciò in *spretum* della legge che limita la rappresentazione al solo caso della successione dei germani.

« Atteso che l'immaginare una ipotetica rappresentazione per equiparare il grado delle diverse linee, e volere poi che si succeda per capi e non per stirpi, è un volere legiferare ed a casaccio, perocchè la rappresentazione va colla successione di stirpi, e nella non rappresentazione, ossia quando non può aver luogo la rappresentazione, si divide la eredità per capi.

« Per questi motivi, rigetta, ecc. ».

(8) V. però E. Gagliardi, nella *Gazz. Proc.*, XX, 145 e G. Scalamandrè, *ivi*, XXIV, 1, e XXVI, 181; Mirabelli, nel *Diritto e Giurisprudenza*, IX, 145 e seg. Nel nostro senso: Vitali, nel *Not. It.*, 1896, p. 341 e seg.; 1897, p. 81.

ordine di successori. Così supposto che ad un nipote succedano due zii, di cui uno fratello germano, l'altro fratello uterino del padre del defunto: questa differenza non avrà in concreto importanza alcuna, ed i due zii conseguiranno ciascuno una metà dell'eredità del nipote. Il doppio vincolo è criterio eccezionale che regola solamente la successione *dei fratelli e delle sorelle*, perchè, come vedemmo, in quella sfera di parentela il vincolo doppio o semplice non può a meno d'esercitare influenza sulle reciproche affezioni. Ma nei rapporti con altri parenti tale circostanza non può più avere rilevanza, e quindi la prossimità della parentela torna a rivendicare il suo predominio esclusivo (1).

In armonia a quanto dispone il capoverso dell'art. 48 Cod. civ., che cioè la legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il decimo grado, sancisce pure l'art. 742 che la successione non ha luogo tra congiunti oltre il decimo grado.

I Codici antecedenti in generale la permettevano fino al dodicesimo grado (2). Il progetto Pisanelli la restringeva al nono, così ragionando:

(1) Pacifici-Mazzoni, p. 351; Fulci, p. 57.

(2) Nella discussione del Progetto del Codice civile albertino, il Senato di Piemonte opinava che le eredità *ab intestato* dovessero devolversi, a preferenza del Fisco, ai parenti del defunto, *in qualunque grado si trovassero*.

« Di regola (osservava il Senato), il Fisco non deve occupare che i beni vacanti e senza padrone e i beni derelitti. Lui preceder debbono i parenti a qualunque grado sieno, ne vi è mai mancanza di erede finchè si presenta un parente a domandare la successione.

« Ora che si è abolita la confisca per delitti, non è opportuno che si ravvivi nel civile il diritto del Fisco ad occupare i beni privati

« Dirimpetto al Fisco non sono da valutarsi i timori di liti per le difficoltà della prova delle parentele, nè tale è veramente in pratica questa difficoltà che meriti di fargli sì facile parte nelle sue domande.

« Nelle famiglie popolane certo che si tien poco conto delle attinenze; ma in queste famiglie vi hanno eziandio poche sostanze; nè frequenti vi sono le occasioni di simili litigi. I beni sono quelli che fanno e mantengono le famiglie distinte, ed in queste le parentele si conoscono, si cura l'utile che ne può toccare, si raccolgono a tal fine e si custodiscono gelosamente le prove.

« Il conservare le famiglie che sono in possesso del territorio fu ognora considerato un gran vantaggio per l'ordine pubblico, per l'agricoltura, pel buono impiego delle ricchezze, e per mantenere nella società gli esempi delle pubbliche e private virtù; togliendo loro le successioni, si va direttamente contro questo principio, che non favorisce ed anzi fa desiderare la chiamata a qualunque grado si trovino, e se lice mirar tant'alto, chi ignora che dovette la Francia e deve il Piemonte la sua felicità alla successione di Principi posti in gradi ben più remoti del *decimo* dal loro antecessore Enrico IV, al *ventunesimo*, e l'augusto nostro Sovrano al *tredicesimo* grado?

« Non è poi d'altronde sì malagevole tra noi nelle famiglie distinte di trovarsi parenti oltre il *decimo* grado, secondo la computazione civile. Si rifletta anche che il sistema feudale e l'obbligo di prenderne le investiture durò nelle famiglie nobili sino al 1797; che a questo fine si presentavano e stanno consegnate presso la R. Camera le rispettive genealogie; che d'allora in poi certamente non si è potuto rendere difficile il documentare il seguito; che il possesso stesso dei titoli di nobiltà, dei beni già feudali o vincolati serve a ciò di ampio corredo; che, mentre si ammette a pro del parente all'*undecimo* ed ulteriore grado la rivendicazione d'un titolo di nobiltà del nome di famiglia, di un patronato, di una primogenitura, senza tener conto della difficoltà della prova, non pare coerente nè giusto che debba egli vedersi tolta dal Fisco la successione a beni liberi dell'ultimo defunto, molto meno che le prove fatte dal padre al *decimo* grado non debbano servire al figlio perchè posto all'*undecimo*.

« Insomma tutti questi motivi, comuni per maggior parte alle famiglie alcun poco distinte, ancorchè non nobili, persuadono la giustizia della proposta modificazione all'art. 28 (*pari all'art. 742 del vigente Cod. it.*), l'effetto del quale colpirebbe precisamente le famiglie che, come si osservò, più importa allo Stato di conservare.

« La regola fondamentale infine delle successioni intestate si è che vi si chiamino le persone che *defuncto cariores praesumuntur*.

« Questa può suggerire di ravvicinare alla persona dell'ultimo defunto la successione irregolare, ma non favorirà mai, anzi servirà sempre ad escludere il Fisco dall'occupare i beni di privata spettanza ».

La Commissione di legislazione rispondeva:

« Non si contende l'importanza di veruna delle considerazioni arrecate dal Senato di Piemonte, ma esse non sembrano troppo applicabili alla discussione, ristretta qual deve essere alle successioni intestate e alle regole con cui si deferiscono le eredità tra privati. Se si avesse a decidere la questione secondo la giurisprudenza attuale, non pare che i Magistrati del Piemonte riguardassero ammessibili alle successioni i congiunti anche oltre il *decimo* grado per escludere il Fisco, ed il contrario, anzi, risulta positivamente da varie decisioni, e specialmente da quella del 19 dicembre 1780, referente Peretti, nella causa del conte Ponte di Lombriasco, contro la marchesa Ponte di Scarnafiggi, vedova Seyssel d'Aix, ove la questione fu trattata di proposito.

« Ma qualunque si creda dover prevalere delle opposte opinioni, non pare che le considerazioni su cui si appoggia il Senato di Piemonte presentino col soggetto della questione veruna analogia. Diversa specialmente è l'indole di quelle regole che determinano la successione ai principati, regole dalle quali il Piemonte ripete la sua politica esistenza e che sono fondamento della sua prosperità.

« L'ordine di successione che, per antica consuetudine avente forza di legge fondamentale in questa monarchia, deferisce in perpetuo la corona di primogenito in primogenito per discendenza mascolina, risalendo all'estinzione d'una linea ai rami collaterali, assai più ritrae dell'indole d'una sostituzione primogeniale, che non di una trasmissione puramente ereditaria.

« Non vuolsi a tale riguardo altra autorità che quella del Re Vittorio Amedeo II, il quale, nel Regio Biglietto 16 agosto 1719 indiritto ai delegati per la riunione del Demanio (1), scriveva: « Sarebbe errore infatti troppo notorio, quando alcuno credesse » mai che fossimo Noi eredi dei nostri Reali antecessori; la » sovranità ci spetta non già per titolo ereditario, ma *jure proprio*, per ragion di sangue, principato e diritto della nostra » Corona ».

« Non può maggiormente argomentarsi da ciò che anche tra i privati si osserva in fatto di nomi di famiglia, d'armi gentilizie e di altre somiglianti prerogative di nobiltà, alle quali si abbia un diritto espressamente fondato su titoli, i quali certamente, nell'atto che segnano le norme della trasmissione di simili diritti, agevolano ancora le prove per conseguirli; poichè non vi ha sconvenienza nella disposizione del progetto, a fronte di simili diritti di origine diversa, nè possono inferirsi reciprocamente alcun pregiudizio i principii dai quali tali materie si regolano.

« Il fondamento della patria legge si è in sostanza quello della cessazione, dopo il trascorso d'una certa quantità di gradi, di quell'affezione presunta, che è il vincolo comune delle successioni intestate, e tale considerazione, avvalorata dalla difficoltà delle prove e dall'avviluppamento e dall'incertezza di siffatte contestazioni, rende presso che nulla la ragione dei congiunti che trovansi posti in gradi siffattamente remoti; può inoltre asserirsi che assai rari sono i casi di tali successioni; per la qual cosa non può se non parer conveniente che, trascorsi tali gradi, e mancando pur anche il coniuge, si devolva al Fisco la successione riguardandola come vacante.

« Per queste considerazioni, le diverse moderne legislazioni hanno tutte fissato il limite al quale cessa la successione dei collaterali e crederebbe la Commissione che il lasciare ciò indefinito, come il Senato di Piemonte propone, non sarebbe senza grave inconveniente ». *Motivi dei Codici degli Stati Sardi*, II, p. 219 e seg.).

(1) Raccolta di leggi pubblicate dall'avv. Duboin, tomo III, p. 1006.

" L'altra innovazione riguarda il grado di parentela, entro cui è devoluta ai congiunti la successione per legge.

" Il Codice francese ed i Codici italiani decretano tale successione sino al duodecimo grado.

" Nel progetto venne limitata al nono. Procedendo oltre, le prove della parentela sono difficili, come gli annali della giurisprudenza hanno rivelato. Ma, prescindendo anche dalla difficoltà delle prove, è certo che quanto più la parentela si scosta di grado, altrettanto affievoliscono i sentimenti di affezione, rispetto a persone che per lo più non si conoscono. Ai congiunti lontani, l'avvenimento della dissoluzione della famiglia che germina il diritto alla successione, torna quasi straniero; il diritto ai beni non trova neppure fondamento in alcuna reciprocanza di doveri.

" Rattenuta la successibilità dei collaterali al nono grado, si impedisce lo sperpero dei beni tra persone soventi ignote al defunto, e di essi viene avvantaggiato il patrimonio dello Stato.

" Nè la volontà dei cittadini può dirsi violata, giacchè l'assoluta potestà di disporre per atto tra vivi o per testamento, a favore di collaterali più lontani o di persone anche estranee, custodisce ad essi la sequela del dominio dopo la morte ".

La Commissione senatoria, pur estendendo la successibilità al decimo grado, confermava i concetti espressi dal Guardasigilli, così ragionando:

" La seconda innovazione risguarda la limitazione al nono grado della successione collaterale, la quale nella più più parte dei vigenti Codici si stende insino al dodicesimo grado.

" Codesto concetto restrittivo del corso della successione collaterale si raccomanda invero per gravi e ponderose considerazioni. Allungate di fatti la successione collaterale insino ai lontani congiunti separati per lungo corso di tempo dal di loro autore, e voi non incontrereste più nè la presunta volontà dell'uomo, nè le legittime aspettative dei successibili. E poi, la trasmissione legittima dei dominii converrà pure che s'abbia un limite, oltre il quale sottentri e si sostituisca l'ente collettivo, che è lo Stato, rappresentante eminente dei grandi e permanenti interessi della società civile. Aggiungasi, che cosiffatta innovazione non ci apparisce solo in aspetto di un voto significato dalla scuola odierna dei riformisti, ma lo veggiamo bensì passato già nell'ordine dei fatti, avvegnachè lo Statuto Toscano avesse siffattamente ordinata la successione collaterale, da soffermarla al decimo grado. La Commissione pertanto, tutto questo considerato, non peritavasi ad accogliere con lieto animo una riforma degna dei nuovi tempi e degnissima di un Codice italiano. Se non che, la Commissione, accogliendo il concetto restrittivo del grado, divisava fermarne il limite estremo non già al nono grado, siccome il progetto statuiva, ma bensì al decimo grado, e tra perchè codesta limitazione meglio risponde alla serbanza della egualità tra le due linee, e perchè cotal sistema consuona coi precedenti del sistema toscano ".

È però da notarsi che ove il defunto lasci superstite anche il coniuge, questo concorrendo con collaterali che non siano fratelli del defunto o costoro discendenti, ha diritto a due terzi dell'eredità ed esclude i congiunti che siano legati in parentela oltre il sesto grado (1).

## CAPO IV.

### Della successione dei figli naturali.

112. Duplice ed opposto ordine di considerazioni che s'impongono al legislatore nel regolare questa materia. — 113. Sei punti di prevalenza accordata dalla nostra legge alla successione dei discendenti legittimi di fronte ai naturali. — 114. Miglioramenti apportati dal Cod. civ. it. alla condizione giuridica dei figli naturali. — 115. È necessario, ma basta, che si tratti di figli naturali legalmente riconosciuti o dichiarati. — 116. Diritti dei figli naturali in concorso con legittimi. — 117. *Quid* in caso di premorienza o rinunzia dei figli legittimi di primo grado, lasciando discendenti. — 118. Se i figli legittimi siano tenuti a collazione verso i naturali. — 119. Se vi siano tenuti i figli naturali verso i legittimi. Portata dell'art. 746. — 120. *Quid* se il montare della donazione avuta dal figlio naturale superi il montare della sua quota successoria. — 121. Riduzione a cui sono soggette tali donazioni a norma del diritto comune. — 122. Beni che il figlio naturale è tenuto ad imputare alla sua quota. — 123. Interpretazione restrittiva del disposto che non s'imputa se non ciò che è soggetto a collazione. — 124. Facoltà concessa ai discendenti legittimi di tacitare le ragioni dei figli naturali con denaro o immobili ereditari. — 125. Disposto dell'art. 927. — 126. Come possa e debba esercitarsi la facoltà di cui sovra. — 127. La successione dei figli naturali è *regolare* ed attribuisce loro la qualità d'*eredi*. — 128. Conseguenze pratiche. — 129. Concorso dei figli naturali con ascendenti del defunto. — 130. Inapplicabilità degli articoli 744 capov. e 927 agli ascendenti. — 131. La legge presuppone trattarsi di ascendenti legittimi. — 132. Concorso dei figli naturali col coniuge del defunto. — 133. L'obbligo dell'imputazione delle donazioni incombe ai figli naturali anche in concorso col coniuge. — 134. Concorso simultaneo cogli ascendenti e col coniuge. — 135. Disposto e critica dell'art. 747. — 136. Disposto dell'art. 749. — 137. Disposto dell'art. 748. Suo carattere e portata. — 138. Successione *al figlio naturale*. — 139. Se possa succedere al figlio naturale il genitore che ebbe a riconoscerlo dopo il decesso. — 140. I genitori del figlio naturale premorto non possono succedere ai costui discendenti. — 141. Non succedono al figlio naturale i suoi fratelli. Giustificazione del sistema del Codice. — 142. Diritti della prole di cui non è ammesso il riconoscimento. Art. 752. — 143. Indole del diritto da tale articolo attribuito a detta prole. — 144. Conseguenze pratiche. — 145. È indispensabile lo stato di bisogno nei figli. — 146. Ma gli alimenti sono loro guarentiti in modo assoluto. — 147. Criterii per la misura degli alimenti. — 148. Convenienza di soddisfare la prole delittuosa coll'assicurazione d'una rendita vitalizia. — 149. L'art. 752 è pure applicabile al figlio semplicemente naturale non riconosciuto con titolo autentico. — 150. La prole delittuosa, la cui figliazione sia constatata, non ha altro diritto che agli alimenti.

**112.** Delicato ed arduo è per il legislatore il problema di determinare i diritti della prole semplicemente naturale nella successione del suo genitore, sopratutto quando questo abbia lasciato discendenza legittima. Perciocchè da una parte sta la considerazione del rispetto e dell'onore che a sè rivendica il matrimonio, base e fondamento del sociale consorzio, al quale si recherebbe grave e funesta offesa qualora la figliuolanza procreata da giuste nozze, se pur non iscorgesse a sè intieramente pareggiati, nei diritti alla successione del comune genitore, altri figliuoli nati, fuori della cerchia della famiglia, da illecite unioni, dovesse quanto meno vedersi conteso e sottratto, dalla spuria progenie, una parte cospicua del paterno retaggio.

D'altra parte sta la considerazione dell'obbligo di non lasciare al tutto reietta ed abbandonata una discendenza infelice, a cui ingiustamente si farebbe sopportare il peso delle colpe dei suoi genitori, delle quali è innocente.

Le legislazioni attuatesi nei varii tempi e nei varii paesi sopra questo argomento s'inspirarono quasi tutte esclusivamente all'una o all'altra delle accennate consi-

(1) Art. 755 Cod. civ.

derazioni (1). Il legislatore italiano si studiò di contemperarle assieme, mantenendo il debito omaggio alla famiglia legittima, senza negare adeguata soddisfazione alle esigenze che la voce della natura e del sangue sollevava a favore della prole naturale (2).

**113.** Sei sono essenzialmente i punti salienti che determinano, secondo il nostro Codice, la supremazia della parentela legittima sulla naturale in tema di successione.

Anzitutto, vera e propria partecipazione all'eredità del genitore non è concessa che alla costui prole semplicemente naturale, mentre alla prole delittuosa, nata cioè da adulterio o da incesto, non sono concessi che gli alimenti.

In secondo luogo, la prole naturale, concorrendo con figli legittimi, concorre in quota assai minore che questi.

In terzo luogo il possesso dei beni creditarii non passa di diritto nei figli naturali che concorrano con figli legittimi, ma quelli debbono chiederne a questi il possesso.

In quarto luogo, è fatta facoltà ai figli legittimi di pagare la quota spettante ai figli naturali in denaro, o in beni immobili ereditari a giusta stima.

In quinto luogo, i figli naturali sono tenuti ad imputare alla loro quota le liberalità tra vivi già ricevute dal genitore.

In sesto luogo la successione è rigorosamente circoscritta fra generante e generato; tra il figlio naturale, tuttochè riconosciuto, ed i congiunti dei suoi genitori non esiste alcun diritto successorio.

**114.** Per altra parte i diritti successorii dei figli naturali furono dal vigente Codice civile migliorati in confronto delle legislazioni anteriori sotto un triplice rapporto.

Anzitutto fu tolta alla successione dei figli naturali la denominazione ed il carattere di *successione irregolare* che veniva ad essa attribuito.

In secondo luogo fu notevolmente accresciuta la quota spettante ai figli naturali anche in concorso con discendenti legittimi, essendosi loro assegnata la metà di quanto sarebbe ad essi spettato se fossero legittimi.

In terzo luogo, in difetto di discendenti legittimi, di ascendenti e di coniuge del defunto, si devolvette ai figli naturali la totalità della successione, ad esclusione di ogni altro appartenente alla parentela legittima dell'estinto.

**115.** Ma è tempo che da questi accenni sintetici e generici scendiamo ad una partita trattazione della materia.

Requisiti necessarii ma sufficienti perchè un figlio naturale possa aspirare alla successione del suo genitore sono che la sua filiazione non sia delittuosa e che sia stata legalmente riconosciuta o dichiarata (3).

La filiazione non dev'essere delittuosa, cioè non deve essere prodotta da unioni con cui si tradisce la fede coniugale o si profanano i più sacri vincoli del sangue, perchè in questi casi l'innocenza della prole non è da tanto da vincere il vituperio delle origini e la coscienza pubblica si rivolterebbe indignata qualora connubii così nefandi potessero attribuire vero e proprio stato di figlio, colle conseguenze giuridiche inerenti, alla prole procreata.

La filiazione dev'essere stata legalmente riconosciuta o

---

(1) Sulle vicende storiche dei diritti successorii dei figli naturali, vedi Cavallaro Freni, op. cit., n. 106 e seg.; Ronga, *Della condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio* (Torino 1873), p. 18 e seg., Pacifici-Mazzoni, vol. cit., p. 387 e seg.; Toscano, *I diritti dei figli naturali* (Palmi 1889).

(2) Le innovazioni al riguardo introdotte dal nostro Codice, così venivano giustificate dal Guardasigilli Pisanelli nella sua Relazione:

« Le vigenti legislazioni attribuiscono ai figli naturali il diritto di successione ai loro genitori in una misura più o meno estesa, ma generalmente non li ammettono a succedere in concorso dei discendenti legittimi, salvo però il diritto agli alimenti. Il diritto romano invece equiparava i figli naturali ai legittimi nella successione alla madre e agli ascendenti materni; diversamente stabiliva per la successione al padre e agli ascendenti paterni.

« Ma tutte le dette legislazioni stabiliscono un precedente della più grave importanza, del quale cercano poscia attenuare le conseguenze. Esse ammettono come atto pienamente legale e giusto il riconoscimento del figlio naturale, quando non sia il frutto di un'unione riprovata dalla legge. Anzi, procedono più oltre; ammettendo di regola la ricerca della maternità, ed in certi casi quella della paternità, vengono a promuovere un riconoscimento forzato per parte dei genitori.

« Con questo precedente il legislatore ha significato: che il figlio naturale ha il diritto di reclamare un nome, una famiglia, un sostegno nella società. È un omaggio reso ai principio morale e giuridico, che ognuno deve sopportare le conseguenze del fatto proprio.

« La quistione di principio è pertanto risoluta; resta soltanto a regolarne l'applicazione.

« L'equiparare il figlio naturale al legittimo sarebbe reputato un oltraggio alla famiglia legittima, che è base e fondamento della società; ma il respingere assolutamente il figlio naturale a fronte dei legittimi sarebbe un oltraggio al vincolo del sangue, una contraddizione ai diritti e ai doveri proclamati dalla stessa legge col riconoscimento volontario o forzato.

« Nè si può pensare che si offenda la coscienza pubblica chiamando a succedere il figlio naturale in concorso dei figli legittimi. Questa offesa si poté scorgere nell'unione non santificata dal matrimonio, ma venne in certa guisa coverta dalla legge allorché fu stabilito, come riparazione, il riconoscimento. Nè può destare serie apprensioni dopo che la legge, ammettendo il riconoscimento forzato per parte dei genitori, non si è arrestata davanti la pubblicità di un dibattimento giudiziario sul punto della figliazione.

« D'altronde, niuno dei moderni Codici ha diniegato assolutamente ogni diritto al figlio naturale sull'eredità dei genitori per trovarsi egli a fronte dei figli legittimi; il diritto agli alimenti fu riconosciuto da tutti ».

La Commissione senatoria vi dava la sua approvazione nei seguenti termini:

« La determinazione dei diritti successorii dei figliuoli naturali riconosciuti, non che del coniuge superstite, ebbe a subire notevoli innovazioni pei nuovi principii seguiti dal progetto. Arduo problema egli era di certo il fare le sorti ai figliuoli naturali. Evvi conflitto d'interessi morali e sociali gravissimi. Sta dall'uno dei lati la dignità del matrimonio e della famiglia, che reclama rispetto ed onoranza alla prole legittima: e dall'altro canto sorgono le ispirazioni schiette ed istintive della natura, che altamente invocano le sanzioni del diritto civile a conforto dei vincoli e degli obblighi creati da unioni, che ammettono libero non che forzato riconoscimento.

« Le istituzioni legislative dei tempi antichi e moderni ritraevano in cotal materia le mutabili vicissitudini del sociale progresso; sicché fu visto la reazione radicale del 1793 in Francia sostituire al disumano ed odioso sistema di esclusione dei figli naturali consacrato dalla legislazione preesistente, un sistema contrario di riabilitazione pienissima della prole illegittima trascorrente ogni limite, di guisa che sparisse ogni differenza o preferenza della prole legittima. Il progetto rimane fra giusti confini, conciliando assennatamente i discordi elementi del complesso problema. Certamente nel confronto con le legislazioni preesistenti il progetto ha guardato più amorosamente e benignamente la sorte della prole innocente; certamente si è procacciato di rialzare la condizione giuridica dei figliuoli naturali nel concorso cogli eredi legittimi, ma d'altra parte cotesto diritto si è lasciato sempre al di sotto del più esteso e prominente dei figliuoli legittimi.

« La Commissione adunque, ben ponderate le ragioni del novello sistema, malgrado alcun dissenso manifestato nel seno di essa circa la posizione fatta ai figli naturali nel concorso coi figli legittimi, non esitava punto ad assentirvi considerandolo un evidente progresso al meglio ».

(3) Art. 743, 752 Cod. civ.

dichiarata, perchè il riconoscimento e la giudiziale dichiarazione sono i soli mezzi con cui la filiazione naturale possa essere debitamente accertata. Laonde non potrebbe uno spurio aspirare all'eredità d'un defunto, quasi ne fosse figlio, all'appoggio di semplici indizi e congetture che rendessero verosimile o probabile il suo asserto.

Per altra parte basta che i figli siano stati legalmente riconosciuti e dichiarati per aver diritto all'eredità del genitore.

Nulla rileva che abbiano comuni entrambi i genitori o quello soltanto della cui successione si tratta (1); nulla rileva parimente che la giudiziale dichiarazione abbia avuto luogo vivente ancora il genitore, o soltanto dopo la costui morte; stantechè la *dichiarazione*, appunto perchè tale, non fa che *constatare* la qualità di figlio rivestita da chi l'invoca ed ha quindi effetto retroattivo al tempo dell'apertura della successione del genitore (2).

In questo ultimo caso però il parente legittimo che in buona fede abbia preso il possesso dei beni ereditari potrà invocare i favori che la legge accorda all'erede apparente di buona fede, e così pure i terzi che in buona fede abbiano con lui contrattato (3).

**116.** Se i figli naturali concorrano con figli legittimi o loro discendenti, hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi (4).

Avvertasi che acciò si faccia luogo a questo disposto di legge non basta la semplice *esistenza* di discendenti legittimi; occorre l'effettivo *concorso* di questi discendenti alla successione di cui si tratta. Laonde se i discendenti legittimi o fossero *incapaci* di succedere per essere incorsi nell'indegnità, e non avessero prole a rappresentarli, o fossero *rinunzianti*, la successione si devolverebbe ai figli naturali come se discendenza legittima non esistesse (5).

Secondochè risulta dal riferito disposto della legge, per determinare la quota spettante ai singoli figli naturali in concorso con legittimi, si divide anzitutto fittiziamente l'eredità per capi tra i figli tutti, legittimi e naturali, assegnandosi poi a ciascuno di questi ultimi la metà della quota che, in tale riparto, verrebbero a conseguire. Così se tre siano i figli legittimi e due i naturali, si divide anzitutto l'eredità in cinque parti, attribuendosi poscia ai singoli naturali la metà d'un quinto, ossia un decimo.

È facile il rilevare come, da questo sistema, il rapporto tra quello che vengono effettivamente a conseguire i singoli figli legittimi e i singoli figli naturali non è mai costante, ma varia col variare di numero di questi o di quelli. Così per es. se concorrano un figlio legittimo ed uno naturale il primo avrà 18/24 (tre quarti), il secondo 6/24 (un quarto); se invece concorrano due legittimi ed uno naturale ciascuno dei primi avrà 10/24, il naturale 4/24 e così due quinti del legittimo; se concorrono tre legittimi ed uno naturale, ciascuno dei primi avrà 7/24, il naturale 3/24, e così tre settimi del legittimo.

Parimente, se con un solo legittimo concorrano due naturali, il primo avrà 16/24 e ciascuno dei naturali 4/24, ossia un quarto di quanto consegue il legittimo; se i figli naturali siano tre, il rapporto tra la quota del legittimo e quella dei singoli naturali sarà da 15 a 3, ossia il quintuplo (6).

A questo proposito non abbiamo che a ripetere ciò che in occasione d'analogo rilievo osservammo trattando della consuccessione di fratelli germani ed unilaterali; che, cioè, se a nostro avviso sarebbe preferibile un rapporto costante fra le due quote, si comprenda però come il legislatore invece di stabilire che i figli legittimi avessero a conseguire una quota doppia di quella dei singoli naturali, abbia potuto ritener sufficiente di provvedere a che i singoli figli naturali avessero una quota pari alla metà di quella che sarebbe loro spettata se fossero legittimi, senza preoccuparsi delle conseguenze, diremo così, aritmetiche, derivanti da siffatto sistema a maggior pratico beneficio dei figli legittimi ed a scapito dei naturali.

**117.** Se un figlio legittimo sia premorto, lasciando discendenti, questi ultimi, anche per la determinazione della quota del figlio naturale, non contano se non pel figlio che rappresentano (7).

Ma che sarebbe a dirsi qualora tutti i figli legittimi avessero rinunziato, lasciando discendenti superstiti?

Da un lato ci sembra fuori d'ogni possibile contestazione che non può esser presa a criterio di misura della quota del figlio naturale la quota spettante ai singoli discendenti legittimi di secondo grado, inquantochè evidentemente la legge volle ragguagliata la quota del figlio naturale a quella d'un legittimo di pari grado. E sarebbe altamente incongruo ed assurdo che il fatto arbitrario della rinunzia dei figli legittimi aventi discendenti potesse pregiudicare le ragioni successorie del figlio naturale, nè sarebbe difficile il caso di rinuncia fraudolenta dei figli legittimi allo scopo di esinanire la quota del fratello naturale a vantaggio dei loro discendenti legittimi.

D'altro lato ci sembra egualmente incontrastabile che non possa essere assunta a criterio di misura la quota che sarebbe spettata ai singoli rinuncianti, perchè questi, appunto perchè tali, si considerano come non stati mai chiamati a succedere (8), ed i costoro discendenti, nei rapporti coi figli naturali, si avrebbero quali succedenti per diritto di rappresentazione, mentre succedono per diritto proprio (9).

E d'altro lato ancora, in presenza di discendenti legittimi, sarebbe impossibile attribuire al figlio la totalità dell'asse (10).

In questo conflitto di considerazioni, l'unica soluzione possibile del problema ci pare sia quella che assegna al figlio naturale metà del retaggio, che è appunto la metà di ciò che conseguirebbe se fosse figlio legittimo. Con questo sistema difatti, mentre si tiene il debito conto dell'esistenza di prole legittima, si esclude l'erroneo ragguaglio della quota dell'illegittimo sia colla quota dei singoli discendenti di secondo grado, sia con quella dei figli di primo grado rinuncianti.

Nè osta che la legge attribuisca al figlio naturale solamente la metà *della quota* che avrebbe avuto se fosse legittimo, e che quindi la porzione ad esso spettante non possa determinarsi assumendo per base *la totalità* della successione. Perciocchè l'intento della legge fu evidentemente quelle di assegnare al figlio naturale la metà *di ciò* che avrebbe avuto se fosse stato legittimo; e se trovasi fatta menzione di quota egli è unicamente perchè la

---

(1) Calogero-Crisafulli-Lomonaco, op. infra cit., p. 173; Pacifici-Mazzoni, p. 363.

(2) Cass. Roma, 5 gennaio 1878, Bellinzoni-Chiaramonti (*Giur. it.*, XXX, 1, 1, 189).

(3) Art. 933 Cod. civ.; Borsari, § 1594; Ronga, op. cit., n. 173; Facelli, op. infra cit., p. 94; Pacifici-Mazzoni, p. 350.

(4) Art. 744 Cod. civ.

(5) Ronga, n. 175; Ricci, n. 53; Buniva, p. 76; Pacifici-Mazzoni, p. 361; Facelli, *La successione legittima dei figli naturali* (Roma 1881), p. 72; Calogero-Crisafulli-Lomonaco, *I figli naturali* (Palermo 1887), p. 169; Cons. Borsari, § 1596 e seg.

(6) Ronga, op. cit., n. 175; Facelli, op. cit., p. 71.

(7) Ronga, loc. cit.; Fulci, § XXVIII.

(8) Art. 945 Cod. civ. V. però Buniva, lo cit.

(9) V. però Gianturco, p. 91.

(10) V. però Facelli, op. cit., p. 73 e seg.

legge si riferisce a ciò che *frequentius contingit* ed il caso da noi configurato sarà di rara applicazione pratica (1).

**118.** Passiamo ora ad altra non meno difficile e delicata questione. Come si calcolerà l'asse su cui determinare la quota spettante al figlio naturale? Il problema si scinde in due questioni distinte.

Prima questione:

La legge vuole che il figlio o discendente il quale venga alla successione insieme co' suoi fratelli e sorelle o loro discendenti debba conferire ai suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione, sì direttamente come indirettamente, eccettuato il caso che il donante abbia altrimenti disposto (2). Ciò premesso, si domanda: dato che un figlio legittimo abbia ricevuto una donazione dal comune genitore, la collazione ch'egli sarà tenuto a farne alla massa in favore dei suoi fratelli e sorelle legittimi sarà pure invocabile dal figlio naturale? In altri termini: il figlio naturale dovrà misurare la sua quota sulla sola massa ereditaria, oppure su questa massa accresciuta dai conferimenti operati dai figli legittimi donatarii?

A noi pare che la collazione non sia dovuta al figlio illegittimo.

L'intendimento di un'eguaglianza assoluta tra i figli, la presunzione che la liberalità fatta dall'ascendente a favore d'uno fra i suoi discendenti non abbia a ledere la parità delle quote successorie, ma sia come un semplice anticipato godimento d'una porzione dell'eredità e contenga insito l'obbligo pel donatario di rimettere, alla morte del donante, nella massa comune dividenda i beni ricevuti; tutto questo presuppone necessariamente una intima colleganza, una solidarietà di sentimenti, una stretta comunanza e promiscuità d'interessi, quale unicamente si rinviene nella legittima società domestica.

Come dichiara esplicitamente la legge, il conferimento è un dovere, un obbligo personale che il discendente donatario ha verso gli altri suoi discendenti coeredi. Ma questa reciprocità di diritti e di doveri non può sorgere che tra discendenti legittimi, e non già tra questi e i discendenti naturali. La procreazione fuori del matrimonio è un fatto che, come vedremo meglio ancora più innanzi, per un giusto omaggio alla parentela legittima, non produce che conseguenze giuridiche isolate, individuali, circoscritte fra generante e generato. I figli naturali rimangono stranieri fra loro, stranieri ai congiunti dei loro genitori e stranieri rimangono ai genitori naturali i discendenti del figlio illegittimo; tant'è che, come pure vedremo, fra tali persone non ha mai luogo successione intestata. Questa condizione di rapporti meramente individuali ed isolati dei singoli figli naturali coi loro genitori è manifestamente inconciliabile coll'istituto della collazione.

I fratelli naturali non hanno fra loro, e tanto meno nei rapporti coi fratelli legittimi, nè diritti, nè doveri; essi non costituiscono *una famiglia;* laonde quando la legge dice che la collazione è dovuta soltanto dal discendente coerede al suo coerede e ch'essa non è dovuta *ad' altri eredi*, fra questi altri eredi comprende certamente anche i figli naturali (3).

**119.** Seconda questione:

I figli naturali, che per avventura avessero ricevuta qualche donazione dal loro genitore, saranno tenuti a conferirla ai loro fratelli legittimi?

Stando ai principii generali in tema di collazione, la risposta non potrebbe a meno ch'essere senz'altro negativa. Stabilito che la collazione non è dovuta dai figli legittimi ai naturali, scenderebbe tosto la conseguenza che non è neppur dovuta dai naturali ai legittimi, perciocchè l'obbligo della collazione è essenzialmente reciproco; la collazione non si deve se non a chi, se fosse esse pure donatario del comune autore, dovrebbe a sua volta conferire a chi conferisce.

Senonchè sembra fare difficoltà, e viene generalmente invocato in contrario il disposto dell'art. 746, a tenore del quale *i figli naturali devono imputare alla porzione in cui succedono tutto ciò che hanno ricevuto dai genitori e sia soggetto a collazione non ostante qualunque dispensa.*

Ma, a nostro avviso, il voler ravvisare in tale disposto un obbligo di conferimento imposto ai figli naturali è un voler far violenza al testo ed allo spirito della legge.

Generalmente s'interpreta il disposto in disamina come se esso sancisse l'obbligo di conferire, per via d'imputazione, le donazioni che i figli naturali abbiano ricevuto dal genitore. Ma il conferire per via d'imputazione non è che una modalità del conferimento; quindi se tale fosse stata l'intenzione del legislatore, avrebbe loro imposto l'obbligo di *conferire*, e sia pure, se vuolsi, per via d'imputazione, le liberalità tra vivi ricevute. Invece la legge ingiunge loro senz'altro d'*imputarle* alla loro quota. Evidentemente la cosa è ben diversa. Se quell'articolo fa menzione di collazione, è solo per determinare la liberalità da imputarsi (4).

D'altronde, mentre, di regola, è lasciato in facoltà di chi conferisce il farlo in natura o per imputazione (5), non vi sarebbe ragione per cui tale facoltà di scelta si volesse negare in questo caso speciale di conferimento.

V'ha di più. È principio elementare ed inconcusso del nostro diritto che la collazione non ha luogo che *tra discendenti.* Invece, come vedremo, l'imputazione di cui all'art. 746 è obbligatoria anche nei rapporti cogli ascendenti. Non può dunque essere vera e propria collazione.

Infine, all'imputazione in parola i figli naturali sono astretti *non ostante qualunque dispensa.* Ora è risaputo che l'obbligo del conferimento si fonda sulla sola presunta intenzione del padre e vien meno di fronte a manifestata contraria volontà di questo. Non può pertanto essere vera e propria collazione quella cui deve farsi luogo *non ostante* il contrario volere del disponente.

La ragione che dettò il disposto dell'art. 746 è evidente. Se il legislatore volle far partecipe la prole naturale della eredità del suo genitore, anche in concorso coi costui prossimi congiunti legittimi, volle però, in omaggio alle giuste nozze, che questo concorso fosse circoscritto entro certi precisi e rigorosi confini; in altri termini, che la capacità successoria del figlio naturale non potesse eccedere la quota dalla legge determinata. Ora a questo disposto sarebbe stato agevole il far frode qualora il figlio naturale avesse potuto *cumulare*, colla quota d'eredità che veniva a raccogliere al decesso del suo genitore, le liberalità che per avventura da quest'ultimo gli fossero state fatte per atti tra vivi. Quindi la necessità, dall'art. 746 imposta al figlio, d'*imputare* alla sua quota successoria le donazioni ricevute. Supposto pertanto che un genitore lasci superstiti un figlio legittimo ed uno naturale ed un patrimonio di L. 40,000, se al figlio naturale già avesse fatto una liberalità di L. 4000, questi avrà l'obbligo d'imputarla alla

(1) Ronga, loc. cit.; Fulci, § citato; Ricci, n. 53; Crisafulli-Lomonaco, op. cit., p. 169 e seg. V. però Borsari, § 1598.

(2) Art. 1001 Cod. civ.

(3) Ricci, n. 56; Pacifici-Mazzoni, p. 371; Brezzo, op. infra cit., n. 46. In sens. contr. Ronga, loc. cit. e n. 181; Faceili, p. 82; Borsari, § 1601 e seg.; Melucci, *Collaz. e imput.*, I, n. 79 e seg.

(4) V. però Ronga, op. cit., n. 186; Borsari, loc. cit.

(5) Art. 1015 Cod. civ.

quota di L. 10,000 che gli spetterebbe sulla eredità paterna, cosicchè più non potrà pretendere che L. 6000 (1).

**120.** *Quid* se il montare della donazione superi il montare della quota ereditaria che spetterebbe al figlio naturale? *Quid*, verbigrazia, se nell'esempio testè addotto la donazione fatta al figlio ammontasse a L. 12,000?

Il quesito, secondo noi, va risolto colle seguenti avvertenze e distinzioni:

La capacità di ricevere per donazione del figlio naturale è identica alla sua capacità di ricevere per successione; quindi egli non può ricevere per donazione un valore superiore alla metà della quota che spetterebbe ai singoli figli legittimi succedenti *ab intestato*. Ma mentre, per determinare in concreto la capacità *successoria* del figlio naturale, convien riferirsi allo stato del patrimonio del genitore al tempo del costui decesso; per determinare invece la sua capacità di ricevere *per donazione* conviene aver riguardo allo stato del patrimonio del donante al tempo della disposta liberalità. Se, con questi criterii, la donazione risulti integralmente valida all'epoca in cui fu fatta, il diritto del donatario rimarrà intangibile, nè avrà rilevanza il fatto che, stante l'avvenuta diminuzione del patrimonio del donante, la donazione risulterebbe eccessiva se fatta al tempo del costui decesso. Così, ritornando all'esempio sovra addotto, se il genitore avesse fatto al figlio naturale una donazione di L. 12,000 questi avrà diritto di ritenerla integralmente, quantunque la sua quota successoria non montasse che a L. 10,000, qualora al tempo della fatta donazione il patrimonio del genitore ascendesse a L. 50,000. Dicasi lo stesso se, identico permanendo in L. 50,000 il patrimonio del genitore, a questo ultimo, dopo la fatta donazione di L. 12,000, fosse sopravvenuto un secondo figlio legittimo. Poichè il fatto che, all'aprirsi della successione, il figlio naturale non potrebbe aspirare che ad un sesto della successione, cioè a L. 8888,33, non toglierebbe che al tempo della donazione egli avesse diritto ad un quarto, cioè a L. 12,500, e quindi sarebbe valida la donazione fatta su tale ragguaglio.

**121.** Però le donazioni fatte ai figli naturali, per quanto valide, avuto riguardo alla loro capacità successoria, sarebbero, alla pari d'ogni altra donazione, soggette a riduzione qualora, al tempo della morte del donante, si riconoscessero lesive della quota indisponibile, riservata ai discendenti ed agli ascendenti legittimi, calcolata colle norme fornite dalla legge all'art. 822.

Viceversa, per notarlo qui di passaggio, se il figlio naturale, non donatario, trovasse esinanite da liberalità tra vivi le forze del patrimonio del suo genitore, sarebbe in diritto d'agire in riduzione di quelle liberalità a tutela della quota di riserva che a lui pure la legge guarentisce (2).

**122.** Il figlio naturale, giusta l'art. 746, dovrà imputare alla sua porzione ereditaria tutto ciò che è soggetto a collazione a norma della Sezione IV del Capo III del titolo delle *Successioni*. Dovrà quindi imputare tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione sì direttamente come indirettamente (3); ciò che il defunto ha speso per la dote e il corredo nuziale, se figlia, per procurargli qualunque uffizio o collocamento, o pagarne i debiti (4); non dovrà imputare le spese di mantenimento, di educazione, di istruzione e le ordinarie per abbigliamento, nozze e regali d'uso (5), come neppure gli utili che l'erede abbia potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto, purchè queste non contenessero alcun indiretto vantaggio al momento che vennero fatte (6), e così neppure è dovuta imputazione alcuna in conseguenza delle società contratte senza frode tra il genitore ed un suo figlio naturale, se le condizioni siano state regolate con un atto di data certa (7).

**123.** Giusta l'art. 746, secondochè vedemmo, i figli naturali non dovrebbero imputare se non ciò che è soggetto a collazione. Ma interpretando l'articolo non già empiricamente, sibbene in base alla ragione della legge, si parrà manifesto esservi cose le quali, tuttochè sottratte a collazione, sono indubbiamente soggette all'imputazione di cui stiamo trattando.

Così, ad es., giusta l'art. 1008, *tutto ciò che è lasciato per testamento non è soggetto*, di regola, *a collazione*. Invece nessun dubbio che se il genitore, senza disporre per testamento della sua eredità, avesse lasciato un legato ad un suo figlio naturale, quest'ultimo dovrebbe imputare il legato alla porzione ereditaria in cui succede.

Si comprende che la legge disponga diversamente in tema di collazione vera e propria. La collazione si fonda sopra una semplice presunzione, sulla supposta intenzione del padre di famiglia che le liberalità da lui fatte tra vivi a taluni fra i suoi figli non abbiano in definitiva a turbare l'eguaglianza di successione fra i suoi discendenti, cosicchè al suo decesso le fatte donazioni debbono tornare alla massa od effettivamente o per via d'imputazione.

Ciò essendo, è manifesto che non possono far oggetto di collazione i legati fatti ad alcuno dei figli, siccome quelli che portano in sè espressa la volontà di una definitiva attribuzione d'un determinato cespite in via di preferenza, e di prelievo sull'asse ereditario. Ma l'imputazione a cui la legge astringe i figli naturali non è interpretazione della volontà del disponente, è anzi misura ispirata a considerazione d'ordine pubblico, contro la volontà privata, inquantochè l'imputazione è ingiunta *non ostante qualunque dispensa*. La legge circoscrive entro determinati limiti la capacità successoria dei figli naturali concorrenti coi legittimi, e come non consente che possano cumulare ciò che conseguono per liberalità tra vivi con ciò che loro si devolve *mortis causa*, così non permette loro di cumulare le liberalità testamentarie colla loro quota di eredità *ab intestato* (8).

Giusta l'art. 1012 l'immobile che è perito per caso fortuito e senza colpa del donatario non è soggetto a collazione. Anche questo disposto si comprende trattandosi di ordinaria collazione; perciocchè scopo di questo istituto essendo di ricostituire il patrimonio del padre di famiglia quale si ritroverebbe se non avesse fatte donazioni ai suoi figli, è naturale non debba conferirsi l'immobile perito per caso fortuito o senza colpa del donatario, siccome quello che, anche non donato, più non si troverebbe nel patrimonio del padre all'aprirsi della sua successione. Ma, ripetiamolo, la legge non astringe il figlio naturale donatario a conferire, sibbene ad imputare; il fatto che la cosa donatagli sia perita, ed anche per caso fortuito, non toglie ch'egli l'abbia ricevuta; *res perit domino;* e non può quindi esimersi dal porla a carico della sua porzione.

Per analoghe ragioni noi riteniamo che, sebbene l'articolo 1017 disponga che la collazione si fa avuto riguardo

(1) Gianturco p. 87. V. però Ronga, op. cit., n. 187; Fulci, § XXX; Cavallaro-Freni, p. 238 e seg.; Manenti, op. cit., p. 103; Facelli, p. 80; Melucci, loc. cit.; Brezzo, *La massa ereditaria e il suo riparto* (Torino 1894), n. 45.

(2) Art. 1092 Cod. civ.

(3) Arg. art. 1001 Cod. civ.

(4) Arg. art. 1007 Cod. civ.

(5) Arg. art. 1009 Cod. civ.

(6) Arg. art. 1009 Cod. civ.

(7) Arg. art. 1010 Cod. civ; Ronga, op. cit., n. 185.

(8) Fulci, § XXX; Cavallaro-Freni, p. 241 e seg.; Borsari, § 1604.

al valore dell'immobile al tempo dell'aperta successione, il figlio naturale debba imputare l'immobile avuto in donazione giusta il valore che aveva al tempo della ricevuta liberalità, riuscendo così rispettivamente a suo vantaggio o a suo carico gli aumenti o i deprezzamenti di valore in prosieguo subiti dall'immobile (1).

Giusta gli art. 1004 e 1006, le donazioni fatte al discendente o al coniuge d'uno dei figli sono sottratte a conferimento. Neppure questi articoli sarebbero applicabili al figlio naturale nel senso che le donazioni fatte ad un costui discendente od al suo coniuge debbano andar esenti dall'imputazione di cui all'art. 746. Perciocchè dall'art. 1053 coordinato coll'art. 773, chiaramente emerge come tanto il discendente quanto il coniuge del figlio naturale siano, per presunzione assoluta di legge, ritenute persone interposte a favore del figlio stesso, cosicchè le donazioni ad essi fatte abbiano ad intendersi rivolte, per loro mezzo, al figlio. Di conseguenza, anche le donazioni fatte ad un discendente od al coniuge del figlio naturale dovranno imputarsi alla quota successoria di quest'ultimo.

**124.** I discendenti legittimi hanno facoltà di pagare la quota spettante ai figli naturali in danaro o in beni immobili ereditari a giusta stima (2).

Scopo di questo disposto, stando ai lavori preparatorii del Codice, sarebbe quello d'impedire un eccessivo frazionamento della proprietà (3). Non crediamo però sia questa la vera ed essenziale ragione della legge, sia perchè i relativi termini sono generici e si applicano quindi anche quando l'eredità non consistesse che in sostanze mobiliari (4), sia perchè l'intenzione attribuita alla legge mal si concilia colla facoltà da questa concessa di soddisfare le ragioni dei figli naturali con immobili ereditarii. La ragion vera della legge crediamo consista in un delicato riguardo e in una giusta deferenza voluta usarsi ai discendenti legittimi, ai quali potrebbe meritamente rincrescere di dovere smembrare il patrimonio avito, o privarsi d'oggetti consacrati dalla religione dei famigliari ricordi per il partecipe diritto d'una spuria progenie, ove questa potesse invocare le norme ordinarie della divisione, per cui ciascuno dei coeredi può chiedere in natura la sua parte di beni mobili ed immobili dell'eredità (5).

**125.** Corollario logico o, meglio, ragionevole antecedente, del privilegio come sovra accordato ai figli legittimi è il disposto per cui, mentre, di regola, il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, i figli naturali, concorrenti all'eredità con figli legittimi, debbono chiederne a questi il possesso (6). E veramente il delicato e doveroso riguardo del legislatore verso i figli legittimi, inteso a fornire a questi il mezzo d'escludere i figli naturali dal partecipare, in natura, al patrimonio paterno, non avrebbe ricevuto piena attuazione e raggiunto integralmente il suo effetto se frattanto, cioè prima della divisione e così nel periodo della comunione, i figli illegittimi avessero potuto invocare ed esercitare quel compossesso che, normalmente e per sola virtù di legge è concomitante conseguenza dell'acquisto dell'eredità in virtù della fattane accettazione. Invece, come la legge permette ai figli legittimi di soddisfare in denaro le ragioni dei figli naturali, così attribuisce ai figli legittimi il possesso esclusivo della totalità del patrimonio ereditario.

Avvertasi di passaggio che l'art. 927 che stiamo esaminando, mentre appare logico e razionale complemento della facoltà attribuita ai figli legittimi di soddisfare i fratelli naturali nei modi concessi dalla legge, attribuendo a tale facoltà lo scopo da noi dichiarato, riuscirebbe invece disposto inconcepibile se a tale facoltà volesse attribuirsi il solo intento emergente dai lavori preparatorii del Codice, quello cioè d'evitare un eccessivo frazionamento della proprietà.

**126.** Niun dubbio del resto che i figli legittimi avrebbero pieno arbitrio di rinunziare alla facoltà che loro concede la legge e che quindi potrebbero ammettere i fratelli naturali alla divisione dell'eredità paterna colle norme del diritto comune (7).

Ma se essi vogliono avvalersi di tale facoltà, debbono esercitarla intieramente e non parzialmente; così essi non potrebbero astringere i fratelli naturali a ricevere una somma di danaro in soddisfazione delle loro ragioni di comproprietà sugli stabili ereditarii ed a dividere in natura i beni mobili, o viceversa (8).

Crediamo però, d'altro canto, che i figli legittimi potrebbero cumulativamente valersi dei due mezzi che la legge loro concede per soddisfare i fratelli naturali (denari ed immobili ereditarii a giusta stima), assegnando ai medesimi, per la loro quota, una parte in danaro *ed* una parte in stabili (9).

**127.** Il Codice francese, oltre al chiamare *irregolare* la successione dei figli naturali, proclama formalmente che *i figli naturali non sono eredi* (10). Il Codice nostro non solo non adottò la locuzione di *successione irregolare*, locuzione sommamente infelice, siccome quella che presupporrebbe che il Codice sancisse alcun che di meno regolare; non solo non dichiara che i figli naturali non sono eredi, ma riconosce formalmente il contrario. Di vero, dal momento che la legge attribuisce la qualità d'erede a chi sia chiamato in una quota dei beni ereditarii (11), non poteva senza contraddizione negare la qualità d'eredi ai figli naturali, ai quali, anche in concorso con figli legittimi, assegna una quota dell'eredità. Del resto, *apertis verbis* essa dichiara che i figli naturali hanno diritto ad una parte dell'eredità anche concorrendo con figli legittimi (12). Nè l'aver loro negato una delle prerogative degli eredi, cioè il passaggio *ipso iure* del possesso dei beni ereditarii in loro capo e il diritto di chiedere in natura la loro quota delle sostanze tutte cadute nella successione, è tale da intaccare nella sua essenza la qualità d'erede. Di vero, per quel che ha tratto al primo punto, basterà il rilevare che qualora il legislatore, non avesse ravvisato nei figli naturali dei veri eredi non avrebbe ritenuto necessario di far susseguire alla regola che il possesso dei beni ereditarii passa di diritto nell'erede, un'eccezione relativa ai figli naturali. E quanto al secondo punto, la semplice facoltà concessa ai figli legittimi di soddisfare, o *pagare*, come dice la legge, la quota dei figli naturali in danaro od immobili ereditarii, non vale a ridurre i costoro diritti ad una mera ragione di credito, non esclude che, nel periodo dell'indivisione, essi abbiano la comproprietà dei beni ereditarii, e la facoltà attribuita ai figli legittimi non costituisce quindi che semplice *modalità* con cui si opera il riparto (13).

---

(1) V. però Ronga, n. 187.

(2) Capov. art. 744 Cod. civ.

(3) Relaz. Pisanelli sul Progetto del Libro III del Cod. civ. V. pure Ronga, n. 190; Cavallaro-Freni, p. 244.

(4) Ricci, n. 55. Contro: Facelli, p. 85; Pacifici-Mazzoni, p. 375 e seg.

(5) Art. 987, 994 Cod. civ. In questo senso: Piccinelli, *Della prole illegittima* (Cagliari 1883), p. 45; Facelli, p. 107; Crisafulli-Lomonaco, p. 185; Buniva, p. 78.

(6) Art. 927 Cod. civ.

(7) Borsari, § 1599.

(8) Ronga, n. 190.

(9) Fulci, § XXVII.

(10) Art. 756 Cod. fr.

(11) Art. 760 Cod. civ.

(12) Cit. art. 927 Cod. civ.

(13) Ronga, op. cit., n. 172; Fulci, § XXVII; Facelli, p. 87 e seg.; Calogero-Crisafulli-Lomonaco, op. cit.

**128.** Dall'essere i figli naturali, salvo le testè segnalate caratteristiche, veri e proprii *coeredi*, scendono, fra le altre, le seguenti importanti conseguenze pratiche:

1° I singoli figli naturali devono, in proporzione della propria quota, far fronte al pagamento dei debiti e pesi dell'eredità (1).

2° I figli naturali, come ogni altro coerede, profittano degli accrescimenti e soffrono delle diminuzioni di valore dei beni ereditarii che si siano verificate nell'intervallo tra l'apertura della successione e la divisione.

Trattandosi però d'un figlio naturale donatario, crediamo che l'imputazione che, come sovra vedemmo, egli è tenuto a fare della donazione alla sua quota ereditaria, debba aver luogo in base al valore dei beni ereditarii al tempo dell'aperta successione, o, meglio, dell'avvenuta donazione, perciocchè il tener conto dei successivi aumenti o deteriorazioni arrecherebbe, ci sembra, pregiudizio ad un diritto quesito, secondo i casi, dai figli legittimi o dal figlio naturale.

3° I figli naturali hanno diritto ai frutti prodotti dàlla loro quota a partire dal giorno dell'apertura della successione (2). Il possesso esclusivo della intiera eredità, che la legge vuol riservato ai figli legittimi, non è, per la quota spettante ai figli naturali, come per i beni oggetto di legato, che una semplice detenzione inetta ad attribuire ai possessori diritto alla consecuzione dei frutti.

**129.** Fin qui della successione dei figli naturali quando si trovino in concorso con discendenti legittimi. Dobbiamo ora far posto ad altra ipotesi, a quella cioè in cui manchi discendenza legittima ed il figlio naturale si trovi in confronto ad ascendenti del defunto.

In queste contingenze la legge ha probabilmente considerato che se forse, ascoltando la voce della prevalente affezione dell'estinto, si sarebbe dovuto devolvere alla prole naturale la totalità del suo retaggio, era per altra parte iniquo non tener conto dei doveri sacri e solenni che astringevano il defunto alle persone da cui aveva ricevuto la vita; doveri che se devono cedere il campo di fronte agli altri più gravi ed assorbenti che incombono al defunto, il quale lasci prole nata da giuste nozze, devono ottener osservanza in caso di sopravvivenza di prole semplicemente naturale; imperocchè la prole naturale è frutto di colpa, e sarebbe iniquo che la colpa potesse esimere chi la commise dal pratico adempimento dei suoi doveri verso gli autori dei proprii giorni.

Questa essendo, secondo noi, la ragione della legge, crediamo che, per motivi analoghi a quelli da noi accennati in caso di concorso di ascendenti con fratelli o sorelle del defunto, il terzo agli ascendenti spettante non sia semplicemente il terzo delle sostanze che in via di fatto si trovi aver lasciato il defunto nel tempo di sua morte, ma il terzo che la legge vuol riservato salvo ed integro agli ascendenti malgrado le liberalità tra vivi disposte dal discendente, e così il terzo delle sostanze ereditarie fittiziamente accresciute delle donazioni a cui il defunto discendente fosse addivenuto.

Ciò stante, nell'ipotesi di successione dei figli naturali con ascendenti, viene, a nostro modo di vedere, esclusa la possibilità di questioni in ordine al calcolo delle donazioni che i figli naturali già abbiano ricevuto dal defunto. Perciocchè, di queste donazioni, come di qualunque altra, deve, a senso dell'art. 822 Cod. civ., farsi fittizia riunione alla massa per il calcolo del terzo spettante agli ascendenti; ed una volta che questo terzo sia stato loro soddisfatto o in via d'effettivo prelievo sull'asse ereditario, o per via d'imputazione delle donazioni che il defunto discendente loro avesse fatto, tutto il resto potrà legittimamente conseguirsi o ritenersi (se già avuto per donazione) dai figli naturali.

**130.** Agli ascendenti non compete la facoltà di conservare in natura i beni ereditarii soddisfacendo in danaro le ragioni della prole naturale del defunto (3); correlativamente, succedendo figli naturali in concorso con ascendenti, il possesso dei beni ereditarii trapassa cumulativamente nella persona degli uni e degli altri.

**131.** I genitori od ulteriori ascendenti a cui la legge permette di rivendicare in concorso coi figli naturali del defunto, il terzo del costui retaggio, non possono essere che persone nate da giuste nozze. In altri termini, se i genitori dei figli illegittimi siano essi stessi nati da unione irregolare, nulla possono reclamare in confronto alla prole lasciata superstite dal defunto.

Da un lato infatti, la legge suppone il caso in cui, mancando i genitori, possono succedere gli ulteriori ascendenti. Ora questa successione non è possibile se non si tratti di discendente legittimo; dappoichè, come vedremo meglio ancora più innanzi, la successione dei figli naturali è rigorosamente circoscritta fra generanti e generati; gli ulteriori ascendenti non hanno alcun diritto sulla successione del nipote naturale, come quest'ultimo non può vantarla sulla loro.

D'altro lato, il terzo che la legge vuol riservato agli ascendenti in concorso colla prole naturale, corrisponde essenzialmente, e trova la sua ragione, secondochè ci sembra di aver dimostrato, nella legittima che, nella misura appunto del terzo, la legge vuol guarentita sul patrimonio di chi deceda senza lasciare prole nata da giuste nozze a favore dei suoi ascendenti. Ora ai genitori naturali non è dovuta legittima, avendo la legge ritenuto che non fossero a mettersi a paro gli obblighi che incontra verso i proprii genitori il figlio nato da legittimo matrimonio con quelli del figlio che sia frutto d'unione colpevole.

Ad ogni modo, a quella guisa che qualora altri deceda lasciando discendenti ed ascendenti, gli uni e gli altri legittimi, la presunta affezione ed i doveri ch'esso ha verso i discendenti vincono senza contrasto l'affezione ed i doveri verso gli ascendenti; cosicchè, ai discendenti si devolve in modo esclusivo la sua eredità, chi deceda con genitori e figli, gli uni e gli altri semplicemente naturali, è ovvio che abbia a preferire la prole ai genitori.

**132.** Fin qui, del caso in cui la prole naturale si trovi in confronto agli ascendenti del suo genitore. Passiamo ora alla disamina di un'ipotesi ulteriore; vale a dire che il defunto genitore della prole naturale non abbia lasciato superstiti nè discendenti nè ascendenti legittimi, ma bensì il coniuge.

Stando al tenor letterale della legge, la condizione giuridica dei figli naturali in questo caso sarebbe identica a quella di cui nel caso precedente, perchè il testo della legge li pareggia, e dice che, in entrambi, i figli naturali succedono nei due terzi dell'eredità, e il resto si devolve agli ascendenti o al coniuge (4).

Crediamo però che, avuto riguardo allo spirito della legge, il computo del terzo debba farsi con differenti criterii nell'uno o nell'altro caso.

Il terzo che la legge vuol sottratto alla prole naturale

(1) Art. 1027, 1029 Cod. civ. Ronga, op. cit., n. 173; Facelli, p. 95; Crisafulli-Lomonaco, op. cit., p. 161.

(2) Ronga, loc. cit.; Facelli, p. 94; Crisafulli-Lomonaco, op. cit., p. 161.

(3) Ricci, n. 55.

(4) Sul concorso del coniuge coi figli naturali v. Facelli, p. 108.

a favore degli ascendenti non è altro, come ci pare di aver dimostrato, fuorchè una pratica riconferma nel campo delle successioni legittime del principio dalla legge esplicitamente sancito in tema di successioni testamentarie, per cui chi muore senza discendenza legittima è tenuto a riservare a pro dei suoi ascendenti il terzo del suo patrimonio. Quindi, questo terzo andrà calcolato coi criterii della legittima, cioè colla fittizia riunione all'asse ereditario delle donazioni, e coll'obbligo agli ascendenti d'imputare al loro terzo le liberalità tra vivi che il discendente avesse in loro favore disposto.

Ma il terzo dalla legge assegnato al coniuge superstite che concorra con figli naturali del defunto non trova riscontro in identica quota, che gli sia *guarentita* dalla legge, malgrado la contraria volontà del defunto consorte; poichè il *minimum* che la legge assicura al consorte superstite, quando al defunto sopravvivano figli naturali, non è che il terzo *in usufrutto* (1).

Il terzo pertanto, che l'art. 745 assegna al coniuge superstite sarà il terzo dell'eredità, preso questo vocabolo nel suo significato normale e naturale di complesso dei beni lasciati da taluno al suo decesso.

È ben inteso che se, avuto riguardo alle liberalità tra vivi già disposte dall'estinto consorte, il terzo dell'eredità non valesse ad equiparare il terzo in usufrutto dalla legge riservatogli, che senza dubbio va commisurato, al pari della legittima, sull'intiero patrimonio, compresovi i beni donati, il coniuge avrebbe diritto d'agire a senso di legge per il congruo supplemento.

**133.** Anche in concorso col coniuge superstite i figli naturali saranno tenuti ad imputare alla loro quota le donazioni che per avventura avessero ricevuto dal defunto.

Da un lato infatti, l'articolo 746 è redatto in termini assoluti, ed impone ai figli naturali l'obbligo dell'imputazione, qualunque siano i coeredi con cui succedono. D'altro lato, una speciale ragione d'equa correlatività consigliava l'obbligo dell'imputazione ai figli naturali in concorso col coniuge; poichè analogo obbligo incombe al coniuge a senso dell'art. 756.

Nè dicasi che la necessità dell'imputazione per i figli naturali sia indotta dalla loro limitata capacità successoria in confronto ai discendenti legittimi ed agli ascendenti del defunto, e che tale limitazione cessi in confronto di qualsiasi altro coerede, e così del coniuge, come emerga dall'art. 768 del Cod. civ. Perciocchè, se quella potè essere una delle ragioni che indussero il legislatore a crear l'obbligo dell'imputazione, nulla autorizza a dire che sia stata la sola, e può essere benissimo che tale obbligo sia stato indotto, anche quale temperamento limitativo dell'innovazione che, come per i figli naturali, così pel coniuge, attribuiva nelle successioni intestate una condizione notevolmente migliore in confronto alle legislazioni precedenti (2).

**134.** Se coi figli naturali concorrono ad un tempo ascendenti e coniuge del defunto, fermo il terzo a favore degli ascendenti, la quota del coniuge viene ridotta ad un quarto, devolvendosi il residuo ai figli naturali. Ma giusta le cose sovra discorse, il terzo ed il quarto andranno con diversi criterii ragguagliati. Così suppongasi che taluno deceda lasciando superstite, oltre a prole naturale, il padre e la madre, nonchè il coniuge; che il suo patrimonio ereditario si trovi ascendere a L. 90,000, ma che vivendo egli avesse già disposto di 30,000 lire di beni a titolo di donazioni in pro di estranei: il terzo che i genitori saranno in diritto di percepire sull'eredità dovrà ragguagliarsi in base ad un asse di L. 120,000, e monterà così in concreto a L. 40,000; viceversa, il quarto devoluto al coniuge dovrà calcolarsi in base alle sole L. 90,000 esistenti nell'eredità, e si ridurrà quindi in concreto a L. 22,500, rimanendo per tal guisa ai figli naturali solo L. 27,500. Che se la detta donazione di L. 30,000 fosse stata fatta a favore dei genitori, dovendo costoro imputarla alla loro quota, non rimarrebbe a questi, per integrare la propria porzione, che prelevare L. 10,000 dall'asse ereditario, per cui, detratte pur anche le L. 22,500 per il coniuge, rimarrebbe per la prole naturale un asse di L. 57,500.

**135.** Quando al genitore non sopravvivano nè discendenti legittimi, nè ascendenti, nè il coniuge, il Codice nostro devolve ai figli naturali l'intiera eredità. Pare a noi che una doverosa deferenza alla famiglia legittima e la stessa volontà del defunto rettamente presunta avrebbero richiesto che si ammettessero a partecipare anche i fratelli e sorelle dell'estinto o costoro discendenti, tanto più che la legge li ammette a concorrere cogli ascendenti in quote o individualmente pari o collettivamente superiori a quelle degli ascendenti stessi (3).

**136.** La procreazione naturale dà origine a rapporti strettamente circoscritti fra generante e generato: essa non crea la famiglia, non attribuisce diritti fra i discendenti da un medesimo stipite. A ragione pertanto statuisce la legge che il figlio naturale, ancorchè riconosciuto, non ha diritto sui beni dei congiunti del padre o della madre (4).

**137.** A tutto rigore, lo stesso dovrebbe dirsi dei *discendenti del figlio naturale* nei rapporti col loro avolo naturale. Un sentimento però di benigna equità indusse il legislatore a deflettere da tanto rigore trattandosi dei discendenti legittimi del figlio naturale premorto, come a favore di costoro già aveva esteso, a carico del genitore, l'obbligo del mantenimento, istruzione ed educazione (5). Fu pertanto stabilito dall'art. 748 che i discendenti legittimi del figlio naturale premorto possano reclamare i diritti stabiliti a favore di lui negli articoli precedenti.

Questo diritto accordato alla discendenza legittima del figlio naturale premorto è affatto *sui generis* e contraddistinto da note speciali.

Per una parte non può dirsi che questi discendenti siano ammessi esclusivamente a far valere i diritti del loro genitore predefunto.

Di vero, è troppo noto che non esistono diritti successorii finchè si trova in vita la persona della cui successione si tratta; e nel caso nostro il figlio naturale sarebbe per l'appunto morto prima del genitore, alla cui successione pur tuttavia la legge ammette la prole legittima del figlio naturale.

D'altronde se i discendenti del figlio naturale venissero quali costui eredi alla successione dell'avo, non si avrebbe ragione di distinguere tra discendenza legittima e naturale; perciocchè anche i figli naturali legalmente riconosciuti del figlio naturale avendo la qualità di suoi eredi non vi sarebbe ragione per escluderli dal succedere o consuccedere all'avo. Se per contro la legge volle limitato il diritto di subingresso a favore della discendenza legit-

(1) Art. 814 Cod. civ.

(2) Fulci, § XXX; Ricci, n. 56; Borsari, § 1604; Bruzzo, op. cit. In senso contr., Ronga, op. cit., n. 183; Gianturco, p. 90; Cavallaro-Freni, p. 240; Facelli, op. cit., p. 80; Calogero-Crisafulli, p. 181; Pacifici-Mazzoni, p. 367.

(3) Fulci, § XXVIII; Crisafulli-Lomonaco, p. 191 e seg.

(4) Art. 749 Cod. civ. La voce *congiunti* è generale e si applica quindi non solo ai collaterali, ma anche agli ascendenti del padre e della madre. Napoli, 6 maggio 1872, De Simone-Bottone (*Ann.*, VI, 2, 460); Ricci, n. 54.

(5) Capov. art. 186 Cod. civ.

tima (1), ciò dimostra che il subingresso fu accordato per ispeciale riguardo alle persone dei sottentranti, non già alla costoro qualità d'eredi del predefunto.

Da questi principii crediamo scendano logiche le conseguenze:

1° Che i discendenti legittimi del figlio naturale dovrebbero essere ammessi a succedere all'avo quand'anche avessero rinunziato all'eredità del loro genitore predefunto;

2° Che dovrebbero essere esclusi dal succedere per incapacità personalmente incorsa a causa d'indegnità, benchè capace fosse il loro genitore premorto;

3° Che oltre al caso testualmente contemplato dalla legge di *premorienza* del figlio naturale, dovrebbe concedersi il subingresso ai costui discendenti legittimi anche in caso di sua assenza od incapacità incorsa per indegnità (2).

D'altra parte non potrebbe riconoscersi a favore di questa discendenza legittima la ragione a succedere per diritto proprio nel senso giuridico e consueto della parola; cosicchè se il figlio naturale, superstite, rinunziasse all'eredità del proprio genitore, nessuna pretesa su tale eredità potrebbe farsi valere dai discendenti del figlio stesso (3).

Per verità, si succede per diritto proprio quando la successione, nei modi e termini in cui ha luogo, trova la sua base esclusiva ed immediata nei rapporti di parentela che avvincevano il successore al defunto: ma, giusta le cose sovra discorse, i discendenti del figlio naturale sono, a stretto rigor di termini, estranei, in senso giuridico, all'avo; e se non si prescisse intieramente da considerazioni ad essi personali per attribuir loro diritto di rappresentazione del genitore mancante, non può contestarsi che la rappresentazione fu loro concessa essenzialmente per riguardo e come per riverbero del figlio naturale, per il riflesso cioè che fosse iniquo frandare tale discendenza dell'eredità dell'avo, che per premorienza od altra accidentalità non si fosse potuta conseguire personalmente dal figlio naturale; cosicchè ove l'anzidetta eredità andasse perduta per atto formale ed esplicito di volontà del figlio naturale, cioè per rinunzia da questo emessa, mancherebbe titolo qualsiasi nei costui discendenti per rivendicarla (4).

Per analoghe ragioni crediamo che i discendenti di cui parliamo dovrebbero imputare alla porzione in cui succedono sia le donazioni già fatte dall'avo al predefunto loro genitore, sia quelle che l'avo avesse ad essi fatte direttamente mentre era in vita il padre loro (5): le prime, in applicazione al disposto dell'art. 1005. capov. Cod. civ., le seconde in base al riflesso che le donazioni fatte dal padre naturale ai discendenti del suo figlio si presumono fatte, per interposta persona, a favore di questo (6).

**138.** Fin qui delle successioni a cui sia chiamato il figlio naturale o chi è ammesso a rappresentarlo.

Ora poche parole in ordine alla successione *al figlio naturale medesimo*.

A tre ordini di persone devolve la legge l'eredità di chi sia nato fuori di matrimonio: alla sua prole, ai suoi genitori, al suo coniuge.

La successione della prole non presenta difficoltà di sorta, perchè essa ha luogo colle stesse ed identiche norme con cui ha luogo la successione dei discendenti a chi sia nato da giuste nozze.

Vi ha però questa osservazione speciale a farsi pel caso in cui il figlio naturale lasci a sua volta prole esclusivamente naturale; che mentre gli ascendenti legittimi del defunto che lasci soltanto discendenza spuria, prendono parte con questa alla sua successione, invece i genitori del figlio naturale rimangono assolutamente esclusi dai suoi figli tuttochè illegittimi. E ciò, secondochè già avemmo ad osservare, per la stessa ragione per cui la legge non riserva una parte a titolo di legittima, sulla successione testamentaria del figlio naturale a favore dei suoi genitori. La colpa commessa da un figlio nel dar vita a prole bastarda, non può affrancarlo dai doveri che lo astringono verso i suoi genitori legittimi e che trovano la loro pratica espressione nell'obbligo della legittima. Ma se l'autore di prole spuria sia a sua volta figlio della colpa, ben può dirsi sotto un certo aspetto che le colpe si compensino e che la devoluzione della sua eredità non debba subire altro criterio che quello della presunta affezione, la quale indubbiamente suggerisce di deferire il vantaggio esclusivamente alla prole (7).

---

(1) Cavallaro-Freni, p. 246.

(2) Ricci, n. 57; Facelli, p 114 e seg.; Borsari, § 1607; Ronga, op. cit., n. 178; Cavallaro-Freni, p. 248; Pacifici-Mazzoni, p. 376. In senso contr., Fulci, § XXIX.

(3) Fulci, § XXIX; Ricci, n. 57. V. però Cavallaro-Freni, p. 248 e seg.; Facelli, loc. cit.; Crisafulli-Lomonaco, p. 174 e seg.; Borsari, loc. cit.

(4) V. però Ronga, loc. cit.; Pacifici-Mazzoni, p. 377.

(5) Calogero-Crisafulli-Lomonaco, p. 183.

(6) Cons. Ronga, n. 188; Facelli, loc. cit.; Borsari, § 1604; Melucci, op. cit., n. 83 e seg.; Buniva, p. 80.

(7) Borsari, § 1609; Ricci, n. 59; Fulci, § XXXIV; Cavallaro-Freni, n. 124; Crisafulli-Lomonaco, p. 193 e seg.; Facelli, op. cit., p. 122 e seg. Cass. Torino, Ruffo c. Ratti, 6 giugno 1893 (*Giur.*, Torino 1893, 712). Ecco il ragionamento della Corte:

« Attesochè la Vincenza Ruffo muove censure alla sentenza della Corte d'appello di Casale, lamentando la violazione di molteplici articoli di legge citati nei due mezzi del suo ricorso per due questioni, una di diritto e l'altra di fatto, state decise contrariamente alle di lei istanze, e cioè non essere provato che la medesima fosse madre naturale della defunta Amalia Lupo, della cui eredità si contende, deceduta in Asti il 16 agosto 1890, e di averla legalmente riconosciuta, rigettando altresì, come inconcludente ed in opposizione ai prodotti documenti, la prova testimoniale in via subordinata dalla stessa ricorrente dedotta; ed anche, pur ammessa tale maternità naturale legalmente riconosciuta, non competere nel caso concreto alla ricorrente alcun diritto sulla eredità della prefata Amalia Lupo deceduta *ab intestato*, lasciando superstite un figlio naturale debitamente riconosciuto.

« Anzi tutto sulla questione di diritto la ricorrente ha fondato la sua domanda sul disposto dell'art. 745 Cod. civ., che dice essere stato principalmente violato, articolo così concepito: « Quando il genitore non lascia superstiti figli legittimi o loro discendenti, ma il padre o la madre, o l'uno di essi, od altro ascendente, oppure il coniuge, i figli naturali succedono nei due terzi dell'eredità, ed il resto si devolve agli ascendenti o al coniuge ». Essa sostiene che il legislatore, accennando in tale articolo *al padre ed alla madre* di chi morì lasciando figli naturali, abbia inteso parlare tanto di padre e madre *legittimi*, che di quelli semplicemente naturali, per cui anche a questi al pari di quelli compete il diritto di succedere per un terzo nell'eredità intestata dei loro figli che lasciarono superstite prole naturale.

« Ma ben si appose la Corte d'appello negando tale interpretazione estensiva alla parola della legge, la quale, a prescindere da ogni altra considerazione, parlando cumulativamente di padre e madre, o uno di essi, od altro ascendente, per attribuirgli il diritto di succedere, ha evidentemente inteso parlare di padre e madre o ascendenti legittimi, e se avesse voluto e inteso parlare anche « del padre o della madre naturali », non vi avrebbe certamente aggiunto e compreso nello stesso inciso gli *ascendenti* (avi cioè e bisavi), per i quali, solo quando sieno legittimi, la legge riconosce i vincoli di sangue e rapporti di parentela, essendo un assurdo legale il parlare *di avi e bisavi naturali*, perchè trattandosi di prole nata fuori matrimonio, l'art. 749 Cod. civ. espressamente sanziona che gli effetti del riconoscimento dei figli naturali vengono limitati a stabilire esclusivamente dei rapporti giuridici tra genitori e figli, senza cercare *alcuna pa-*

Mancando prole, l'eredità del figlio naturale è devoluta a quello dei genitori che lo abbia riconosciuto o del quale sia stato dichiarato figlio, ovvero per metà a caduno dei genitori se fu riconosciuto o dichiarato figlio d'ambidue.

Se la legge ha ritenuto che gli obblighi del figlio naturale verso i proprii genitori non fossero da tanto da astringerlo a lasciar loro una quota legittima, non poteva però non presumere che, in difetto di figli, la sua intenzione fosse di lasciare il proprio retaggio agli autori dei suoi giorni.

Se manchino i genitori, l'eredità del figlio naturale si devolve al suo coniuge (1).

Se sopravvivano contemporaneamente i genitori ed il coniuge, l'eredità si devolve per una metà al coniuge e per l'altra metà ai genitori o genitore (2).

Trattandosi di figlio legittimo, il coniuge superstite, concorrendo coi genitori, non consegue che una terza parte dell'eredità. A buon diritto, trattandosi di genitori naturali, il legislatore ritenne doversi introdurre una differenza, pareggiando le ragioni del coniuge con quelle dei genitori.

**139.** Ma la successione al figlio naturale per parte dei suoi genitori ha dato luogo ad una grave questione. Sarà indispensabile che il figlio sia stato riconosciuto mentre era in vita, o potrà invece essere riconosciuto anche dopo la sua morte da chi, in base a tale postumo riconoscimento, ne rivendichi la eredità?

Noi crediamo, colla prevalente dottrina e giurisprudenza, che il riconoscimento del figlio naturale dopo la costui morte non sia ammessibile.

E ciò tanto in base alla lettera che allo spirito della legge.

In base alla lettera. E per vero, l'art. 181 del Codice civile dispone che " il riconoscimento di un figlio naturale si farà nell'atto di nascita, o con un atto autentico *anteriore o posteriore alla nascita* ". Ora se la locuzione *anteriore alla nascita*, per comune consenso si restringe al tempo in cui il figlio fu concepito, ossia legalmente abbia cominciato ad esistere ed avere la capacità civile, egualmente la locuzione *posteriore alla nascita*, per ragione di analogia, deve intendersi limitata al corso della vita, ossia al tempo della esistenza nell'ordine fisico. " La nascita ci offre l'idea della vita, non quella della sua cessazione; e chi pretende che il legislatore, parlando di atto posteriore alla nascita vi abbia compreso il tempo successivo alla morte, gli attribuisce un concetto escluso dal significato naturale e logico del discorso, giacchè il tempo posteriore ad un fatto non si estende a quel tempo che viene ad essere posteriore ad altro fatto tutto diverso, anzi assolutamente contrario ".

Parimente l'art. 188 disponendo che il riconoscimento può essere impugnato dal figlio suppone di necessità che lo si debba attuare durante la di lui vita. Nè rileva in contrario il soggiungersi dallo stesso articolo che il riconoscimento possa pure impugnarsi da chiunque vi abbia interesse; perchè la formula meramente aggiuntiva, anzichè avversativa, con cui è estesa ad altri la facoltà d'impugnativa non esclude che quale primo ed essenziale interessato sia contemplato il figlio, cosicchè il riconoscimento debba inevitabilmente aver luogo prima che questi deceda.

Alla lettera della legge corrisponde il suo spirito. Il riconoscimento, al pari della sentenza che dichiari la figliazione naturale, che, nei suoi effetti, la legge espressamente pareggia al riconoscimento (3), ha per iscopo di procurare al figlio riconosciuto uno stato civile ed i vantaggi che ne derivano. Così il genitore che riconobbe il figlio naturale ne ha la tutela legale durante la minore età (4); il figlio ne assume il cognome (5), ha diritto ad essere da lui mantenuto, educato, istruito ed avviato ad una pro-

---

*rentela* nè altro *vincolo civile* qualsiasi tra i figli naturali riconosciuti ed i congiunti di coloro che li riconobbero.

« Ma che di padre e madre soltanto legittimi abbia voluto il detto art. 745 parlare per attribuirgli il diritto di succedere, oltrechè dalla sua lettera pel modo come è formato, si fa anche più chiaro e manifesto dallo spirito che lo informa, come si apprende dalla relazione sul progetto del libro terzo del Codice civile, che trattando della successione dei figli naturali (ed è questa l'ipotesi del citato articolo) così si esprime:

« L'equiparare il figlio naturale al legittimo (e di necessaria conseguenza anche i *genitori naturali* ai *legittimi*, pel noto principio « ubi eadem ratio et eadem juris dispositio) », sarebbe reputato un oltraggio alla famiglia legittima, che è base e fondamento della società. I discendenti legittimi del defunto escludono dalla successione gli ascendenti del medesimo; il figlio naturale invece non li esclude, ma concorre con essi prendendo due parti dell'eredità, e così rimane l'altro agli ascendenti del genitore naturale. È questo un omaggio reso ai rapporti della famiglia legittima ».

« Adottandosi l'interpretazione che la ricorrente vorrebbe data al succitato art. 745, col porre la madre naturale nella stessa giuridica condizione dei genitori legittimi, sarebbe falsata la mente ed intenzione del legislatore, giacchè non un omaggio, ma anzi un oltraggio verrebbe fatto alla famiglia legittima.

« Se anzi una ragione morale e anche politica poteva introdursi per pareggiare queste due condizioni giuridiche, avrebbe essa piuttosto militato in favore dei figli innocenti delle colpe dei loro genitori, non mai per costoro che sono i soli responsabili in faccia alla società di tale illecita unione; e se ciò nulla ostante la legge, per rispetto e riguardo alla famiglia legittima, non ha permesso, come dice la relazione, tale pareggio per i figli, è vera enormità il supporre che abbia voluto introdurlo per i genitori.

« I soli casi in cui i genitori naturali, avuto riguardo ai vincoli del sangue, possono succedere ai loro figli, sono tassativamente indicati negli art. 750 e 751 Cod. civ., e cioè che questi muoiano senza lasciare prole nè coniuge, e allora succedono per intero, o lasciando il solo coniuge e succedono per la metà.

« Ed a questa regola di successione di genitori naturali, perchè conforme al dettato della legge ed allo spirito che la informa, ebbe già questo Supremo Collegio, sebbene per incidente, ad accennare in altra causa relativa a successione di figli naturali, come così si è pure affermata la dottrina nostrale e di oltr'Alpi, ove imperano le stesse disposizioni legislative del vigente Codice civile italiano.

« Ciò premesso, essendo l'Amalia Lupo *de cuius* deceduta lasciando superstite un figlio naturale debitamente riconosciuto per nome Carlo Ratti, sia pure essa Amalia figlia naturale riconosciuta dalla ricorrente Vincenza Ruffo, a questa non può competere alcun diritto di concorrere in parte qualsiasi alla eredità della medesima, che per legge è tutta devoluta al detto di lei figlio.

« Incensurabile è quindi la denunziata sentenza che in questi termini pronunziò.

« Risolta perciò in tal modo la questione di diritto, torna inutile l'occuparsi del mezzo relativo alla questione di fatto; se cioè l'Amalia Lupo suddetta non sia invece la Tomasina Margherita Maria Ruffo, figlia di Vincenza Ruffo, e di padre ignoto, nata a Torino il 16 aprile 1858, che la Corte di merito ha negativamente risolta; giacchè anche ciò ammesso in linea d'ipotesi, non per questo sorgerà mai alcun diritto nella ricorrente Vincenza Ruffo per partecipare alla eredità che colei lasciò in morendo e che è per intero devoluta, come testè si disse, al figlio suo Carlo Ratti suddetto.

« Per questi motivi rigetta la domanda di annullamento della sentenza della Corte d'app. di Casale, 20 maggio 1892, ecc. ».

(1) Ricci, n. 59.
(2) Art. 751 Cod. civ.
(3) Art. 192 Cod. civ.
(4) Art. 184 Cod. civ.
(5) Art. 185 Cod. civ.

fessione o ad un'arte (1) ed acquista pure ragioni alla sua successione (2).

Vero è che il riconoscimento dei figli naturali attribuisce pure qualche diritto al genitore verso la prole, quale è quello d'essere eventualmente da lei alimentato (3) e di poterle succedere *ab intestato*. Ma evidentemente questi vantaggi hanno carattere consequenziale, correlativo e corrispettivo alle obbligazioni che astringono il genitore naturale verso la sua prole, e quindi non sarebbe ammessibile che il genitore potesse attendere a fare il riconoscimento quando fosse cessata ogni possibilità per la prole di trarne vantaggio e riuscisse di esclusivo profitto al genitore. E tanto più ciò è a dirsi ove si avverta che la legge non indusse reciprocanza assoluta di diritti fra genitori e figli naturali, ma con prevalente favore contemplò i figli; così ad esempio, volle sul patrimonio paterno riservata una quota a vantaggio della prole, ma a nessun obbligo di legittima volle soggetta l'eredità del figlio naturale a pro dei suoi genitori.

Del resto se, come è certissimo, la devoluzione delle successioni *ab intestato* s'inspira alla presunta volontà dell'estinto, è evidente che quando la legge dichiara di devolvere la successione del figlio naturale al suo genitore, intende alludere al genitore, che come tale si è rivelato al figlio e adempiendone i doveri, primo dei quali il riconoscimento, acquistò giusto titolo alla sua gratitudine. Sarebbe inconcepibile che il figlio naturale potesse aver avuto intenzione di destinare il suo retaggio alla persona ignota, indeterminata, che dopo avergli data infaustamente la vita, non si fosse curata d'esercitare a suo riguardo gli uffici della paternità. Dicendo la legge che l'eredità del figlio naturale morto senza prole è devoluta a quello dei genitori *che lo abbia riconosciuto*, viene con formola lucidamente compendiosa a dimostrare la necessità che il riconoscimento sia anteriore al decesso, e a dar insieme ragione di quest'esigenza.

Ognuno vede l'iniquità che emergerebbe qualora, mentre il figlio naturale nulla potrebbe pretendere sull'eredità, forse cospicua, del genitore che non lo avesse riconosciuto, potesse il genitore, allora soltanto memore d'aver dato la vita ad un figlio quando l'ammetterlo potesse riuscirgli fonte di lucro, addivenire ad un postumo riconoscimento del medesimo all'oggetto di procurarsi un titolo a rivendicarne l'eredità (4).

In un caso soltanto noi riterremmo ammessibile il riconoscimento postumo d'un figlio naturale, quando, cioè, questi avesse lasciato superstite discendenza legittima; perciocchè, la legge, come vedemmo, concedendo a questa di reclamare i diritti stabiliti a favore di lui, e venendo così tale discendenza a costituire come la continuazione della sua persona, il riconoscimento che si effettui è pur sempre un atto disinteressato, siccome quello che ridonda a vantaggio, non di chi lo compie, ma dei rappresentanti del figlio defunto; onde vuol essere permesso a quella guisa che la legge permette la legittimazione dei figli premorti in favore dei loro discendenti (5).

**140.** Se i genitori hanno titolo a succedere al figlio naturale debitamente riconosciuto, non hanno però titolo a succedere ai costui discendenti che, lui premorto, vengano a decedere. È vero che, in senso inverso, i discendenti legittimi del figlio naturale premorto sono ammessi, come vedemmo, a far valere le loro ragioni sull'eredità del padre di lui; ma a favore di questi discendenti sta il fatto che, dall'avo naturale essi ebbero, mediatamente, la vita, ed è quindi equo che loro si devolva l'eredità che, normalmente, avrebbe dovuto esser raccolta dal loro genitore immediato; mentre sufficienti ragioni per una reciprocità non militano a favore dell'avo naturale verso i nipoti, ed il diritto comune in questa materia, al quale, senza motivi gravissimi, non deve recarsi deroga, si è che la generazione non induca rapporti fuorchè tra generante e generato (6).

**141.** In difetto dei genitori, il Cod. civ. francese devolve l'eredità del figlio naturale deceduto senza prole ai costui fratelli e sorelle, legittime o naturali, secondo la provenienza dei beni.

Noi crediamo che il nostro Codice, come già l'albertino, abbia saviamente operato nel non riprodurre tale disposizione, e nel devolvere senz'altro allo Stato l'eredità del figlio naturale che, celibe o vedovo, non lasci superstiti nè figli nè genitori (7). La famiglia, la parentela e i diritti che vi si rannodano sono frutto esclusivo delle giuste

(1) Art. 186 Cod. civ.

(2) Art. 744 e seg., 815 e seg. Cod. civ.

(3) Art. 187 Cod. civ.

(4) In questo senso: Ronga, n. 60; Zaccheo (*Giur. it.*, XXXI, 4, 1); A. Milano, 2 marzo 1874, Gennari-Finanze (*Ann.*, VIII, 2, 156); Cass. Firenze, 5 gennaio 1885, Finanze-Masoti e 8 luglio 1886, stessa causa (*Foro it.*, X, 1, 26 e XI, 1, 843). In senso contr.: Chironi, *Quest. di diritto*, p. 530 e seg.; A. Firenze, 17 aprile 1884, stessa causa (*Ann.*, XVIII, 3, 325) ed A. Lucca, 16 marzo 1886, stessa causa (*Foro it.*, XI, 1, 681).

(5) Gianturco, op. cit., p. 82.

(6) Ronga, n. 210; Cavallaro-Freni, n. 123; Ricci, n. 59; Facelli, p. 119 e seg.; Conf. Pacifici-Mazzoni, p. 383.

(7) A. Napoli, 7 maggio 1877, Giammundo c. Finanze (*Ann.*, XI, 3, 272) e Cass. Napoli, 2 aprile 1879, stessa causa (*Giur. it.*, XXXI, 1. 1, 1043).

Ecco il ragionamento della Suprema Corte:

« La Corte, ecc. — Osserva:

« Che il Codice civile italiano venendo a discorrere della successione legittima, comincia per porre un canone generale ove per sommi tratti determina le persone cui la si devolve; il qual canone va poscia svolgendo nei suoi più minuti particolari in una serie di sezioni, ove espone le regole: 1) della successione dei parenti legittimi; 2) della successione dei figli naturali; 3) dei diritti del coniuge superstite; 4) della successione dello Stato. Ora è in quello od in queste che si ha a ricercare il diritto di successione del fratello naturale, e quindi la preferenza di lui allo Stato? Il ricorrente sopratutto avendo riguardo alla precedente legislazione imperante in queste provincie crede che per lo meno la norma direttiva debba ricercarsi in quello, che è così concepito: « La legge devolve la successione ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali ed al coniuge, nell'ordine e secondo le regole in appresso stabilite, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato ». Chi sono i collaterali, egli dice, quando non vi si aggiunge la qualità di *legittimi* che pur si è creduto dovere aggiungere alla parola *discendenti*? Certo i collaterali sì legittimi come naturali, e quindi senza dubbio i fratelli e le sorelle naturali. Il che è così vero che nell'articolo 59 dello stesso Codice si dichiarano della linea collaterale questi fratelli e sorelle al pari che i fratelli e le sorelle legittime, vietandosi sì fra gli uni come fra gli altri il matrimonio; e d'altra parte se alla parola *collaterali* volesse qui darsi il senso limitato di *legittimi* pur lo stesso dovrebbe dirsi degli ascendenti, ed allora non troverebbonsi cennati i genitori naturali che pur sono chiamati nella speciale sezione che segue. Poste le quali cose il ricorrente afferma che se in quest'ultima espressamente non si includono neppure esplicitamente si respingono i fratelli naturali, il che pare a lui importantissimo specialmente in relazione al diritto anteriore, e quindi conchiude egli che malgrado ciò prevalere debba l'applicazione del principio generale consecrato nei sovraccennati art. 59 e 720 del Codice civile.

« Che tutto questo ragionamento del ricorso fondasi in un equivoco e si nutre di non lievi errori. Già da esso appare manifesto che nella sezione speciale *della successione dei figli naturali*, i fratelli naturali non sono esplicitamente chiamati; or basta ciò per risolvere la quistione, mentre è per contro in

**nozze, prerogativa nobilissima della figliazione legittima. La procreazione fuori del matrimonio, come già avemmo ripetuta occasione d'osservare, non può dar origine che a rapporti rigorosamente circoscritti fra generante e generato. Nè s'invochi la presunta affezione dell'estinto verso il suo fratello naturale. Anzitutto, in linea di fatto, mancheranno bene spesso tra fratelli naturali quella comunanza di vita, d'educazione, d'affetti, che rendono così giusta ed ovvia la reciproca successione tra fratelli legittimi. Ma poi, se la presunta affezione dell'estinto dev'essere certamente pel legislatore uno fra i più importanti criterii che lo guidino nella devoluzione delle sostanze da quello lasciate, tale criterio deve rimaner soggetto ad altri a lui superiori, inspirati a considerazioni di generale interesse o di pubblica morale. E così a quella guisa, ad esempio, che in omaggio a tali considerazioni la prole di cui sia vietato il riconoscimento non può mai conseguire sull'eredità del genitore fuorchè gli alimenti, quantunque, stando alla voce della natura e del sangue, non possa dirsi che le faccia difetto la presunta affezione dell'estinto, così nei rapporti tra collaterali illegittimi vuol essere interdetto qualsiasi reciproco diritto di successione, siccome quello che costituirebbe pratica ricognizione d'una parentela spuria e conseguente attentato a quelle prerogative che voglion essere gelosamente conservate ad esclusivo favore della figliazione dimanante dal matrimonio (1).**

---

questa sezione che bisogna ricercare la norma all'uopo necessaria Quel canone generale appunto per la sua generalità e per lo scopo suo non può contenere che lo schema del sistema, e quindi accennar non può che i principii cardinali su cui lo si fonda. È pericoloso affidarsi ad esso per risolvere quistioni simiglianti a quella della specie; mentre è da ricordar ciò che il giureconsulto dice di ogni definizione: *periculosa est, rarum est enim quod subverti non possit.* Ma è inoltre l'affidarvisi contrario alla sua *mens* ed alle sue parole. E per fermo anzitutto esso espressamente si riferisce *all'ordine ed alle regole in appresso* (cioè nelle speciali sezioni) *stabilite;* che poi intenda dire con la parola *collaterali* fino all'evidenza il dimostra l'ordine in cui nell'enumerazione procede, dapprima i *discendenti legittimi*, gli *ascendenti*, i *collaterali*, poscia i *figli naturali* ed il *coniuge*. Se la voce collaterali segue i discendenti legittimi e precede i figli naturali, come riferire si può a questi ultimi ed anzi come è possibile si riferisca a tutt'altri che ai primi, ed indichi tutt'altri collaterali che i legittimi? E d'altra parte vede ognuno che se fossero questi quei contemplati *ascendenti* e *collaterali* naturali, non vi sarebbe ragione per fermarsi ai soli genitori od ai soli fratelli e sorelle, e dovrebbe porsi l'assurdo che tutti gli ascendenti al pari dei collaterali fino al decimo grado siano chiamati alla successione dei figli naturali.

« Che ad ogni modo è la *ratio* stessa della legge che respinge le interpretazioni del ricorrente: hanno forse famiglia i figli naturali, o meglio vi ha forse una famiglia naturale a fronte dello Stato e del suo diritto, e come un organismo sociale? Certo no: onde per essi non vi hanno ascendenti, non collaterali, non vi ha che la relazione nascente dal fatto della generazione, il quale, civilmente consecrato mercè il riconoscimento o la dichiarazione nei casi in cui è ammessa, dà luogo ai rapporti successorii tra essi ed i loro genitori. Nè si invochi l'articolo 59 del Codice civile che trattandovisi del matrimonio, e degli impedimenti a contrarlo, per esso si rientra in un nuovo ordine di cose e di principii, mentre è allora il *mos publicum* che impera, sono *jura sanguinis* che si impongono.

« Che a confermare le cose fin qui discorse si presentano come importantissimo argomento le relazioni annesse al progetto, le quali commentando appunto cotesto articolo 720 dicono: « Nella successione legittima il progetto distingue tre classi di successori: parenti legittimi, parenti naturali, il coniuge superstite; viene per ultimo lo Stato; la prima classe si distingue in tre ordini: dei discendenti, degli ascendenti, dei collaterali ». E simiglianti parole implicano già in germe la dimostrazione che evidentissima sorge dall'esame e dal raffronto delle varie speciali sezioni, cui espressamente l'art. 721 si riferisce, e cui soltanto è lecito richiedere la soluzione del quesito. Nella sezione della successione dei parenti legittimi vedesi (ben si noti) il legislatore porre dapprima i discendenti (art. 736 e 737), indi i genitori ed i germani sia in concorso fra loro sia soli (art. 738 e 740), poscia gli ascendenti (art. 739), infine i collaterali fino al decimo grado (art. 742). Per contro nella sezione seguente cominciasi fin nell'epigrafe ad escludere l'idea del *parentado*, in questo proponendosi come obbietto di quella la successione non dei parenti ma dei figli naturali, e quindi tutto si compendia nel chiamare i figli naturali con certe regole e limitazioni speciali alla successione dei genitori rispetto ai quali la loro figliazione sia legalmente riconosciuta o dichiarata (art. 743, 744, 745, 747), e questa per contro alla successione di quelli ove quelli non lascino prole, e per intero se un coniuge non vi sia per metà nel caso contrario (art. 750). Ora che mai importa tutto ciò? Certo che l'ordine della successione dei parenti legittimi comprende i fratelli e sorelle, gli ascendenti ed i collaterali fino al decimo grado, quella propria del figlio naturale cui manchino una prole od i legittimi discendenti di essa non va oltre i genitori ed il coniuge. Ma a rifermare ciò che è già evidente sta un argomento evidentissimo. Si noti bene che vi ha un punto della successione dei genitori legittimi in cui questi si imbattono nei fratelli e sorelle legittime. e concorrono con essi insieme, or per contro i soli limiti della successione del genitore naturale stanno dall'un canto nella prole del figlio e nei discendenti legittimi di essa che al tutto li escludono, e dall'altro nel coniuge superstite che riduce ogni loro diritto alla metà della successione. Che se è così, egli è manifesto che quando l'articolo 758 soggiunge, che in mancanza delle persone chiamate a succedere, secondo le regole stabilite nelle sezioni precedenti, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato, sia da ammettere come conseguenza logica e necessaria che lo Stato si rannodi e sottentri immediatamente all'ordine dei chiamati in quelle sezioni, e quindi se nella sezione rispondente i chiamati sono la prole (certo naturale o legittima), del figlio naturale, i legittimi discendenti da questa, i genitori, il coniuge, non può essere dubbio che tutti questi mancando debba succedere lo Stato.

« Che dopo ciò riesce vano il trarre argomento dalle leggi civili del 1819. Certo sta scritto che *posteriores leges ad priores pertinent* però *nisi contrariae sint*, or qui la contrarietà tra le due legislazioni è manifesta, ed anzi più evidente appare dal raffronto fra esse. L'art. 681 di quelle leggi, al pari che l'art. 766 del Codice francese, chiamava nei beni non provenuti al figlio naturale dai genitori suoi i fratelli e le sorelle naturali di lui od i costoro discendenti; pertanto fu pur allora considerata questa come un favore concesso dalla legge *pietatis causa*, punto non dubitandosi che il diritto di succedere non potesse appartenere che ai parenti legittimi. Ora se questa speciale disposizione non fu riprodotta nel Codice civile, vede ognuno ciò che debba seguirne. Il legislatore italiano accettando su tal proposito le istituzioni del Piemonte, di Parma e degli Stati Estensi ha voluto mantenere integro il concetto che non vi ha famiglia come organismo sociale se non quando l'aggregazione naturale si fonda e converte nelle nozze solenni e legittime e nella legittima figliazione; ed in omaggio della integrità e moralità di questo organismo, che è uno dei più importanti elementi costitutivi del più ampio organismo che è lo Stato, ha escluso ogni sorta di favori, ha risoluto la questione che pendeva circa il diritto di rappresentazione da concedersi ai discendenti del figlio naturale, limitandosi ai legittimi soltanto, si è infine tenuto nel campo e nei limiti del rigore del giure.

« Per questi motivi, rigetta, ecc. ».

(1) I commentatori del nostro Codice civile generalmente censurano il sistema della legge su questo punto. Il Gianturco (op. cit., p. 86) giunge a dire che « di questa palese ingiustizia (prelazione dello Stato ai fratelli naturali) non si trova alcuna traccia di ragione nei lavori preparatorii, *e forse è dovuta a pura dimenticanza* ». Le ragioni da noi svolte nel testo ci pare giustifichino abbastanza il nostro legislatore.

**142.** Fin qui della successione attiva e passiva dei figli semplicemente naturali. Ci rimane a disaminare il trattamento fatto dalla legge alla prole delittuosa, ossia nata da adulterio o da incesto. Benchè di questa prole la legge non permetta il riconoscimento, pure possono darsi casi in cui di detta figliazione venga ugualmente a constare, vale a dire quando la paternità o maternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale, o dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, o risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori. In questi casi la legge che, in omaggio alla pubblica morale ed ai buoni costumi non vuol pareggiati i figli del delitto a quelli della semplice colpa, non vuole d'altra parte, per un riflesso d'evidente equità, che i constatati genitori di quella prole infelicissima possano dispensarsi dall'obbligo di provvedere alla costei sussistenza, e quindi attribuisce alla prole stessa diritto agli alimenti anche in confronto all'eredità intestata dei genitori.

**143.** Quale sia la vera indole giuridica di questo diritto agli alimenti è argomento di viva disputa e vuol farsi soggetto di seria disamina.

Il disposto che l'obbligazione di somministrare gli alimenti cessa colla morte dell'obbligato, suppone trattarsi di persona che non sia tenuta a provvedere ai bisogni dell'alimentando pendente tutta la costui vita; altrimenti quell'obbligazione persevera, solo che si trasforma, e da obbligazione personale diviene un onere reale, si compenetra nei beni che l'obbligato lascia morendo, e chi già aveva diritto verso di lui agli alimenti consegue la ragione ad una quota della costui eredità. Tale il fondamento primo, se non esclusivo, della *legittima* dovuta ai discendenti, e in costoro mancanza agli ascendenti, benchè, per motivi che sarebbe superfluo l'esporre, la sua consecuzione non sia subordinata alla condizione del bisogno per parte dei legittimarii.

Analoga cosa, a nostro modo di vedere, succede, benchè in più ristretta misura, riguardo ai figli delittuosi. Il loro padre ha, fin che vive, l'obbligo di somministrare ad essi gli alimenti (1); questa obbligazione sarebbe a lui strettamente personale, dappoichè gli incombe in quanto è genitore, e quindi non sarebbe suscettiva di trapassare nella persona dei suoi eredi; per altra parte è di tutta giustizia che il genitore abbia a provvedere agli esseri a cui ha dato l'esistenza finchè questi rimangono in vita; la duplice e contraria esigenza si concilia, mantenendo bensì il diritto della prole agli alimenti anche dopo la morte del padre, ma non già contro i costui eredi personalmente, bensì contro l'*eredità*, i cui redditi debbono fornire l'occorrente pensione alimentaria, fissata secondo i criterii che esamineremo più avanti.

**144.** Dal carattere che riveste il diritto agli alimenti riconosciuto dalla legge alla prole delittuosa dopo il decesso del genitore scendono numerose ed importanti conseguenze pratiche:

1. Si tratta di un vero e proprio diritto successorio (2), laonde il figlio che fosse incorso nell'indegnità di succedere al proprio genitore per alcuna delle cause specificate dall'art. 725 del Codice civile non potrebbe pretenderlo;

2. Essendo l'eredità e non l'erede tenuta alla somministrazione degli alimenti, l'erede, tuttochè non abbia accettato col beneficio dell'inventario, non potrà mai essere astretto a farvi fronte colle proprie sostanze (3);

3. Per analoghi motivi, l'azione per gli alimenti sarà esercibile anche contro i terzi possessori a cui i beni ereditarii fossero trapassati (4);

4. Essendo gli alimenti nello stesso tempo limite e misura dei diritti successorii della prole delittuosa, inquantochè se la legge, per ragioni di pubblica onestà e moralità, non permette che detta prole possa conseguire dal genitore più degli alimenti, d'altra parte per imperiose considerazioni d'umanità, vuole che gli alimenti stessi le siano guarentiti, ne scende che il diritto agli alimenti può dalla prole esercitarsi non solo in caso di successione intestata, ma anche in caso di successione testamentaria e tuttochè fosse stata dal genitore onninamente preterita (5);

5. Gli alimenti dovuti alla prole delittuosa non possono gravare che sulla porzione disponibile; di vero, dal momento che la legge esplicitamente statuisce che la porzione riservata ai figli semplicemente naturali non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi ed agli ascendenti e forma così una detrazione della parte disponibile (6), sarebbe assurdo che si facesse una condizione privilegiata ai diritti successorii spettanti alla prole delittuosa. Laonde, supposto che taluno avesse per atti tra vivi disposto di tanti beni a titolo gratuito da esaurire la quota disponibile, cosicchè al suo decesso non si trovassero nel suo patrimonio che beni sufficienti appena a soddisfare le ragioni dei legittimarii (discendenti legittimi od ascendenti), niuna azione contro questi ultimi potrebbe esperire la prole delittuosa, ma dovrebbe rivolgersi contro i possessori dei beni costituenti la disponibile (7).

**145.** Il diritto attribuito alla prole delittuosa presuppone il costei stato di bisogno. Ciò emerge dalla lettera e dallo spirito della legge.

Di vero, la legge non dice già in termini generali ed assoluti che i figli di cui si tratta abbiano diritto ad un assegno o ad una pensione vitalizia, ma dice invece che hanno diritto *agli alimenti*. Ora nel concetto di alimenti, giusta il senso naturale e giuridico del vocabolo, è insita l'idea di ciò che occorre ad una persona per poter vivere. Persona facoltosa e diritto agli alimenti sono termini inconciliabili.

---

(1) Art. 193 Cod. civ.

(2) Ronga, n. 254; A. Perugia, 8 agosto 1891, Alunni-Fachinetti (*Foro it.*, XVI, 1, 1102). V. però Fulci, § XXXII; Gianturco, op. cit., p. 80; Cavallaro-Freni, p. 253; Ricci. n. 60; Facelli, p. 142; Crisafulli-Lomonaco, p. 218 e seg.; Borsari, § 1612; Pacifici-Mazzoni, p. 400 e seg.; A. Ancona, 24 maggio 1878, Canderi-Cheynet (*Giur. it.*, XXXI, 2, 38). In seno alla Commissione di coordinamento del Cod. civ. ital. si era da uno dei membri (De Foresta) proposto che all'art. 146 statuente che « l'obbligazione di somministrare gli alimenti cessa colla morte dell'obbligato », si soggiungesse un'eccezione pel caso previsto dall'attuale art. 752. Ma la proposta fu respinta dietro l'osservazione di altri commissari (Precerutti e Vaccarone) che il diritto agli alimenti in forza dell'art. 752 essendo concesso *a titolo di successione*, la quale si apre appunto colla morte di colui che già era tenuto agli alimenti durante sua vita in forza dell'art. 193, non può essere dubbio che il disposto dell'art. 146 cessa in questo caso d'essere applicabile (V. Verbale n. 10, § III, seduta del 25 aprile 1865).

(3) Gianturco, loc. cit.; Borsari, § 1612.

(4) Cavallaro-Freni, n. 119.

(5) A. Bologna, 16 giugno 1891, Rossi-Mazzacorati (*Foro it.*, XVI, 1, 1102 in nota); Cass. Roma, 7 marzo 1892, stessa causa (*Ann.*, XXVI, 1, 150). In senso contr., Ricci, n. 60; Crisafulli-Lomonaco, p. 219. Conf. Pacifici-Mazzoni, p. 414 e 417. Per ragioni analoghe a quelle accennate nel testo, crediamo che i figli adulterini avrebbero azione anche contro i donatari, se il loro genitore si fosse spogliato delle proprie sostanze mediante liberalità per atti tra vivi. V. Pacifici-Mazzoni, p. 412.

(6) Art. 818 Cod. civ.

(7) In senso contr., Ronga, n. 254.

D'altro canto, la legge ammettendo, per quanto in tenue misura, la prole delittuosa a partecipare alla successione del suo genitore, intende soddisfare unicamente ad un sentimento d'umanità, non già a procurare un semplice favore o vantaggio a detta prole.

Ora l'intento della legge mancherebbe d'obbiettivo, l'assegno costituirebbe un vero e proprio emolumento o lucro per la prole qualora questa potesse conseguirlo tuttochè già si trovasse in condizione d'agiatezza (1).

Però l'agiatezza, per la prole di cui si tratta, non si presume; si presume la nullatenenza; laonde starà agli eredi del genitore, evocati per la prestazione degli alimenti, d'escludere la condizione del bisogno nel figlio attore (2).

**146.** Ma se le ragioni successorie della prole delittuosa sono circoscritte ai soli alimenti, questi alimenti sono però alla medesima assolutamente guarentiti. In ispecie, il Codice nostro non ha più riprodotto il disposto d'alcune precedenti legislazioni, come la francese e l'albertina, a tenore del quale i figli adulterini od incestuosi non avrebbero potuto muovere alcuna pretensione d'alimenti verso la successione del loro genitore quando il padre o la madre avessero fatto loro apprendere un'arte meccanica, o uno di essi, mentre viveva, avesse loro assicurato in qualunque modo gli alimenti. Perciocchè, nelle imprevedibili vicissitudini della vita ben può accadere che per sopravvenuta malattia od altro infortunio toccato al figlio, la professione od arte da questo appresa non possa riuscirgli d'efficace sussidio a provvedere al suo sostentamento, e sarebbe iniquo che in tale congiuntura esso non potesse far valere pretesa di sorta verso la successione del suo genitore. Somministrando poi la legge speciali criterii per la determinazione degli alimenti, in base a circostanze emergenti soltanto all'apertura della successione, ben potrebbero gli alimenti che il genitore avesse in vita assicurati al figlio apparire inadeguati e dargli diritto ad un supplemento (3).

**147.** Gli alimenti, dice la legge, saranno assegnati in proporzione delle sostanze del padre o della madre, e del numero e della qualità degli eredi legittimi.

A questo proposito sono a farsi varie osservazioni:

1. Come appare dal testo della legge, questa non vuole ridotta la prole delittuosa agli alimenti strettamente necessarii, all'assolutamente indispensabile per vivere; vuole ch'essa consegua un assegno che si ragguagli e si conformi alle condizioni patrimoniali e famigliari del genitore (4).

2. Se, come crediamo d'aver dimostrato, presupposto necessario a poter reclamare gli alimenti è per i figli la condizione del bisogno, per bisogno non converrà intendere l'assoluta indigenza o nullatenenza, ma basterà una grave ristrettezza, un penoso tenor di vita.

3. I criterii *espliciti*, forniti dalla legge per la determinazione della misura degli alimenti (oltre al criterio *implicito* del bisogno dell'alimentando) sono due: le forze del patrimonio del defunto e il numero e la qualità degli eredi legittimi; naturalmente sarà minore l'assegno se l'eredità consti di poche migliaia di lire che se ascenda ad un milione; ed a parità di forze ereditarie l'assegno sarà maggiore se il defunto abbia lasciato superstite un unico figlio legittimo anzichè numerosa figliuolanza (5); o se gli succedano solamente remoti collaterali invece di congiunti prossimi (6).

4° A tali criterii riteniamo si debba altresì aggiungere quello dell'età, inquantochè se il defunto lasci prole delittuosa in età infantile, l'assegno alimentario, per intanto, sarà evidentemente più tenue che se si trattasse di prole già adulta; nonchè quello della condizione patrimoniale dell'altro genitore, dappoichè, ad es. se anche la madre sia ricca, non saranno a pretendersi dall'eredità del padre gli alimenti nella stessa misura che se la madre fosse povera od ignorata (7).

5° Spettando gli alimenti alla prole delittuosa per diretta ed esclusiva determinazione di legge, indipendentemente da qualsiasi volontà del defunto, crediamo che i criterii somministrati dall'art. 752 dovrebbero osservarsi anche in caso di successione testamentaria; in ispecie, anche in tal caso dovrebbe aversi riguardo al numero ed alla qualità degli eredi legittimi, anzichè al numero ed alla qualità degli eredi testamentarii, poichè altrimenti sarebbe in arbitrio del testatore d'alterare a pregiudizio della prole delittuosa la misura degli alimenti che le competono.

L'assegno alimentare deve comprendere quanto occorre per il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie durante la vita dell'alimentando, ed anche per l'istruzione conveniente alla sua condizione, se il figlio naturale si trovi ancora in età a ciò adatta all'aprirsi della successione.

Ma gli alimenti non potranno pretendersi che *a die petitionis*, giusta la massima che *nemo alitur in praeteritum;* ammenochè i figli naturali non avessero dovuto contrarre debiti per provvedere alla propria sussistenza (8).

**148.** Per quanto, secondochè ci sembra di aver dimostrato, al figlio naturale competa un diritto reale sui beni ereditarii per la consecuzione dell'assegno alimentare che gli spetta, tuttavia potendo l'esercizio d'un tale diritto riuscir gravoso per lui, specialmente in caso d'alienazione dei beni, ed anche illusorio, quando l'eredità constasse di valori mobiliari, crediamo ch'egli sia in ragione di pretendere, e sia anche convenienza per l'erede di consentire, che il suo assegno venga convertito in un'annua rendita opportunamente guarentita, rimanendo libere e prosciolte da ogni relativo vincolo le altre attività ereditarie. Il montare di questa rendita dovrà essere determinato avuto riguardo non solo alla condizione del figlio al momento in

(1) Ricci, n. 61; Facelli, p. 143; Calogero-Lomonaco, p. 217; Borsari, § 1612; Fulci, § XXXIII; Cavallaro-Freni, n. 120; Pacifici-Mazzoni, p. 106. In senso contr., Ronga, n. 252; A. Venezia, 7 giugno 1889, Fava c. Bendaricci (*Ann.*, XXXIII, 3, 478); Cass. Firenze, 1889, Bendaricci c. Fava (*Giur.*, Torino 1890, p. 170); A. Torino, 1 aprile 1890 Travaglio-Gedda (*Giur.*, Torino 1890, p. 407).

(2) A. Torino, 6 dicembre 1889, Travaglio-Gedda (*Giur.*, Torino, 1890, p. 59); A. Genova, 20 agosto 1891, Carbone c. Frizione (*Foro it.*, XVI, 1, 1323).

(3) Conf. Cass. Torino, 27 dicembre 1878, A. c. G. (*Giur.*, Torino, 1879, p. 342); Fulci, loc. cit.; Cavallaro-Freni, loc. cit.; Ricci, loc. cit.; Borsari, § 1613; Pacifici-Mazzoni, p. 395). Così pure non è d'ostacolo al reclamo degli alimenti a senso del l'art. 752 l'avere il figlio adulterino dei parenti legittimi che sarebbero tenuti a prestare a lui gli alimenti a senso dell'articolo 142 Cod. civ. A. Venezia, 7 giugno 1889, già cit.

(4) Cass. Roma, 7 maggio 1889, De Giorgi-Sinimberghi (*Foro it.*, XVI, 1, 986).

(5) V. però Pacifici-Mazzoni, p. 413.

(6) Fulci, loc. cit.; Ricci, n. 62; Facelli, p. 143. Essendo, come crediamo aver dimostrato, gli alimenti di cui si tratta un diritto successorio, ci pare che il figlio possa astringere gli eredi a dar consegna specifica degli enti che costituiscono il retaggio, acciò il magistrato possa aver base certa e precisa per la determinazione dell'assegno alimentare in concreto. V. però A. Ancona, 24 maggio 1878, già cit.

(7) Pacifici-Mazzoni, p. 413.

(8) A. Venezia, 7 giugno 1889 ed A. Torino, 1 aprile 1890, già cit.

cui la rendita gli viene costituita, ma anche alle eventualità ed ai bisogni futuri.

Così, secondo noi, potrebbe pretendere che gli venisse assicurata una rendita pel caso d'ogni possibile contingenza, anche il figlio che, al momento, si trovasse sufficientemente provvisto di beni di fortuna. Così pure, se il figlio si trovi ancora in età infantile, nella fissazione della rendita dovrà tenersi conto del crescere dei bisogni, necessariamente inerenti al crescere dell'età (1).

**149.** Per pacifica dottrina e giurisprudenza, i titoli sufficienti ad attribuire alla prole delittuosa diritto agli alimenti verso i proprii genitori, sono pure invocabili, a tale effetto, dal figlio semplicemente naturale. Fra tali titoli vi è l'esplicita dichiarazione per iscritto di paternità o maternità rilasciata da uno dei genitori (2). Di conseguenza, ove un figlio semplicemente naturale possa invocare una tale dichiarazione, se non potrà far valere tutti i diritti dipendenti dal vero e proprio riconoscimento, perchè a questo occorre un atto autentico, potrà certamente reclamare quegli alimenti che la legge non gli rifiuterebbe neppure se fosse adulterino od incestuoso. Quindi l'art. 752 gli sarà pure pienamente applicabile (3).

**150.** Del resto, la constatazione della figliazione delittuosa non induce altre giuridiche conseguenze all'infuori dell'obbligo alimentario di cui stiamo discorrendo. Come il genitore non assume la tutela legale di detta prole, come questa non è autorizzata ad assumerne il cognome, così nessun obbligo sorge a carico di questa verso il genitore, nè il genitore è chiamato a succederle in caso di costei predecesso senza discendenza (4). Dal momento invero che la legge, per alte considerazioni di pubblica onestà e decoro, si oppone al riconoscimento di questa prole, sarebbe stato incongruo che se, contrariamente al suo voto, di quell'improba figliazione fosse venuto a constare, la legge, in base a siffatta constatazione, avesse attribuito quasi uno stato civile alla prole. Un imperioso senso d'umanità imponeva che alla paternità così rivelata andasse annesso l'obbligo di provvedere all'esistenza del figlio; ma più oltre gli effetti dell'accertata figliazione non potevano estendersi (5).

## CAPO V.

### DEI DIRITTI DEL CONIUGE SUPERSTITE.

151. Difetti delle anteriori legislazioni e riforme del Codice italiano in ordine alla successione intestata del coniuge. — 152. Il coniuge non dev'essere separato giudizialmente per propria colpa dall'altro. 153. Ma il coniuge innocente succede al colpevole. Rinvio. — 154. Il diritto del coniuge superstite non è subordinato alla sua condizione di povertà. — 155. Il passaggio a nuovo matrimonio non induce decadenza dai diritti successorii acquisiti. — 156. Varietà dei diritti del coniuge secondo i parenti con cui succede. Critica del sistema che vorrebbe ridotte in ogni caso le ragioni del coniuge ad un diritto d'usufrutto. — 157. Concorso con discendenti legittimi. Questioni al riguardo. — 158. Computo dell'asse. — 159. Il coniuge non è erede. Applicabilità dell'art. 819. Rinvio. — 160. *Quid* se il patrimonio ereditario consti di soli beni in nuda proprietà. — 161. Concorso con discendenti legittimi e figli naturali. — 162. L'usufrutto del coniuge gravita proporzionalmente sui figli. — 163. Concorso con soli figli naturali. — 164. Concorso con ascendenti. — 165. Concorso con ascendenti e figli naturali. — 166. Con fratelli e sorelle del defunto. Soli o con ascendenti. — 167. Concorso con altri parenti entro il sesto grado. — 168. Mancanza di parenti entro il sesto grado. Ragione del capov. dell'art. 755. — 169. *Quid* se il defunto avesse natali illegittimi. — 170. Disposto dell'art. 756. Ragione. — 171. Esso costituisce un disposto di diritto singolare. Conseguenze. — 172. Si tratta d'imputazione, non di collazione. — 173. Liberalità che il coniuge è tenuto ad imputare. Rinvio. — 174. Se sia tenuto ad imputare i lasciti testamentarii in caso di successione parzialmente testata. — 175. *Quid* se le liberalità da imputarsi siano in proprietà e la quota successoria in usufrutto. Rinvio.

**151.** Le legislazioni anteriori al vigente Codice italiano presentavano generalmente, per quel che aveva tratto ai diritti del coniuge sulla successione intestata dell'altro, una patente incongruenza ed una solenne ingiustizia. Mentre raramente accadeva che un coniuge assennato, facendo testamento, non dettasse disposizioni intese a testimoniare il proprio affetto verso il suo compagno, a provvedere adeguatamente al suo avvenire, ove poi accadesse ad un coniuge di morire intestato, il superstite si vedeva posposto a tutti i congiunti dell'estinto, preferito per somma grazia all'ultimo dei successori, cioè al fisco, o tutt'al più ammesso a titolo di commiserazione ad una quota in via di sussidio, qualora versasse nell'indigenza (6). Che se la durezza delle conseguenze d'un tale sistema otteneva qualche temperamento da altri istituti, quali le liberalità solite a farsi tra gli sposi nelle scritte nuziali, subordinatamente alla condizione di sopravvivenza, e quale il regime della comunione degli utili, nei paesi ove questo regime era in fiore, ciò non escludeva punto che il sistema stesso inducesse un iniquo contrasto tra la volontà che la ragione supponeva e l'esperienza dimostrava e quella che la legge presumeva al coniuge morente nei riguardi col suo compagno superstite: e che per eccessiva, anzi esclusiva importanza ai vincoli generati dalla parentela (7), si disconoscesse quel vincolo solenne e nobilissimo che dà origine

(1) Conf. Facelli, p. 144; Pacifici-Mazzoni, p. 409, 415 e 416.

(2) Art. 193, n. 3 Cod. civ.

(3) Ricci, n. 67; Facelli, p. 146; Pacifici-Mazzoni, p. 418 e seg.; A. Torino, 1 aprile 1890 ed A. Perugia, 8 agosto 1891, già cit. retro. Evidentemente però l'articolo 193 Codice civile non potrà ritorcersi *contro i* figli semplicemente naturali e quindi essi avranno capacità di succedere se validamente istituiti dal genitore in olografo, tuttochè, per non essere questo un atto autentico, non possano dirsi regolarmente riconosciuti. A. Lucca, 22 maggio 1877, Favilla c. Malfatti (*Ann.*, XI, 2, 353).

(4) Parimente niun diritto spetta alla prole legittima del figlio delittuoso premorto sull'eredità dell'avo naturale. Pacifici-Mazzoni, p. 418. V. però Crisafulli-Lomonaco, p. 224 e seg.

(5) Ronga, n. 247, 243, 260; Facelli, p. 148 e seg.; Crisafulli-Lomonaco, p. 215 e seg.; Pacifici-Mazzoni, p. 308 e seg.

(6) Sui precedenti storici relativi alla successione tra coniugi, vedi Cavallaro-Freni, n. 147; Pacifici-Mazzoni, op. cit., p. 426 e seg.; Todaro della Galia, *I diritti del coniuge superstite attraverso i secoli* (Palermo 1884); G. Scalamandrè, *Del diritto successorio del coniuge superstite* (Napoli 1876); Gallavresi, *I diritti del coniuge superstite* (Milano 1879).

(7) Il più grave obbietto che si muove in Francia alla successione tra coniugi consiste nel dire che i coniugi non sono fra loro parenti. Senonchè non mancano, in quella stessa nazione, scrittori che hanno egregiamente risposto a tale difficoltà. « Le lien qui unit les époux (dice il Boissonade), n'est-il pas aussi étroit, aussi légal et aussi naturel que le lien du sang? — N'est-il pas lui même un autre lien de sang, le premier lien naturel, le lien type de la famille, celui dont les autres ne sont que dérivation? Le mariage étant la source de toute parenté et de toute consanguinité, comment ne serait-il pas lui-même la première parenté, la première consanguinité? La souche peut-elle avoir une autre nature que la branche, le rameau et le fruit? » (Boissonade, *Histoire des droits de l'époux survivant*, p. 533).

« Est-il donc si vrai de dire (osserva a sua volta il Bazot) qu'un époux n'est pas un parent? Le mariage, source de toute parenté, n'est-il pas lui-même la première et la plus haute des parentés? Rappelons cette parole de Manou: — « *Le mari ne fait qu'une seule personne avec l'épouse* »; — l'institution de l'

**alla più intima e perfetta unione che possa esistere fra due persone, congiunge o, per meglio dire, confonde insieme indissolubilmente due esistenze, pone la mutua assistenza fra i loro più sacri doveri, accomuna fra esse le gioie ed i dolori della vita. Il legislatore italiano colmava pertanto una deplorevole lacuna, rimoveva ogni taccia d'inconseguenza e rendeva il debito omaggio all'istituto del matrimonio quando ammetteva *in ogni caso* il coniuge superstite a partecipare alla successione dell'estinto compagno, commisurando però tale partecipazione al grado più o meno prossimo dei parenti che il defunto pur lasciasse a sopravvivergli (1).**

---

*manus*, qui faisait de la femme la fille de son mari; enfin cette belle définition du jurisconsulte romain: *consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*; mais au dessus de tout mettons cette parole divine du Christ: — *Homo adhaerebit uxori suae et erunt duo in carne una*» (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, an. 1873-74, p. 423 e seg.).

Del resto, i vizi del Codice napoleonico per quel che riguarda la successione intestata del coniuge furono di recente mitigati in Francia mercè la legge del 10 marzo 1891, in forza della quale fu assegnata al coniuge superstite sull'eredità del predefunto una quota di usufrutto, del *quarto*, se concorrente con discendenti, della metà se concorrente con altri parenti: usufrutto che però si perde col passaggio a seconde nozze.

(1) I precedenti storici dell'istituto e le nuove disposizioni del progetto di Codice civile italiano in argomento erano così riassunti e giustificate dal Guardasigilli Pisanelli nella sua Relazione:

« Il diritto romano non riconosceva di regola la successione fra coniugi. Nei primi tempi l'istituzione della *in manu conventio* rendeva soggetta la moglie alla potestà del marito *paterfamilias*, attribuendone a questi i beni. Se la moglie moriva prima del marito, non lasciava successione di sorta. Premorendo il marito, la moglie veniva alla successione di lui in concorso dei figli eredi suoi (*loco filiae*). Nel caso di matrimonio libero, senza la *conventio in manu*, mancava fra i coniugi il vincolo di agnazione, sul quale riposava esclusivamente il diritto ereditario, e questo non era quindi possibile fra i coniugi.

« L'editto pretorio sul possesso dei beni, modificando profondamente il sistema ereditario con far prevalere il vincolo del sangue e la presunta affezione, chiamò, dopo i congiunti del defunto, il coniuge alla successione dell'altro (*unde vir et uxor*).

« Giustiniano introdusse la *quarta* detta *uxoria* in favore della vedova povera sull'eredità del marito, chiamandola alla successione anche in concorso dei discendenti, imprimendo anzi a tale quota il carattere di riserva.

« Il Codice francese abolì la quarta devoluta al coniuge povero. Essendo prevalente in Francia il sistema della comunione dei beni, trovavasi in altro modo assicurata al coniuge una partecipazione indiretta sulla fortuna dell'altro. Quindi il coniuge non era chiamato alla successione se non mancando i congiunti in grado di succedere.

« Il Codice delle Due Sicilie e quello di Parma ristabilirono il diritto alla quarta parte dell'eredità in favore del coniuge povero, ma in semplice usufrutto, e così in modo più limitato di quello stabilito dalla legge romana, che l'attribuiva in piena proprietà, quando il coniuge non si trovava in concorso dei discendenti.

« Il Codice sardo, adottando questo sistema, vi fece due essenziali variazioni. Ad imitazione del Codice austriaco, tolse la condizione della povertà, ma tolse altresì alla quota devoluta al coniuge il carattere di legittima. Basta che siasi fatto un testamento, ancorché non si parli in esso del coniuge, e quantunque non siasi disposto dell'intiera eredità, perché a questo nulla sia devoluto.

« Il Codice estense stabilì a favore del coniuge povero il diritto agli alimenti sull'eredità dell'altro; la disposizione è sotto il titolo della legittima, ma è limitata, come nel Codice parmense, al caso in cui non vi siano figli o discendenti.

« I sistemi ora accennati rispondono essi ai doveri sociali, ai principii di equità e giustizia?

« Non sembra. L'intima società che ha luogo tra marito e moglie, la comunanza di affetto, l'assidua e comune partecipazione ai travagli della vita, le comuni cure prestate alla prole costituiscono rapporti tali, che la legge non può e non deve disconoscere.

« La presunta affezione, che le serve di norma nel determinare la successione intestata, non può essere posta in dubbio fra coniugi.

« Si può ragionevolmente supporre che l'affezione di un coniuge verso l'altro sia minore di quella sentita per gli ascendenti, per un congiunto di settimo o nono grado?

« Però nel progetto il coniuge è chiamato alla successione dell'altro anche in concorso dei discendenti legittimi del defunto; ma la sua quota è soltanto di usufrutto. Essa è eguale alla quota di successione che spetterebbe a ciascun figlio, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge; è una virile per determinare la quale si computano e coniuge e figli. In nessun caso tale quota di usufrutto può eccedere il quarto dell'eredità.

« Mancando i discendenti, la quota di successione viene devoluta al coniuge in proprietà. Essa è il quarto, il terzo, la metà, o i due terzi dell'asse ereditario, secondochè egli si trova in concorso con ascendenti, con fratelli e sorelle, o loro discendenti, con ascendenti o figli naturali, o con altri parenti in grado successibile.

« Non essendovi congiunto in grado di succedere, l'eredità viene devoluta per intero al coniuge sopravvivente ».

La Commissione senatoria approvava tali proposte, così osservando:

« Era antico lamento e rimprovero perseverante, cui non isfuggiva veruno dei Codici antichi e moderni, questo cioè dell'ingiusta oblivione dei diritti del coniuge nel concorso dei diritti rivali degli altri successibili. Se difatti non si è dubitato mai essere suprema guida del legislatore nell'ordinamento del regime successorio la presunta volontà e l'affezione presunta del trapassato, chi oserebbe dunque assegnare nell'ordine dei naturali affetti un posto più umile al coniuge che ai lontani e mal noti congiunti?

« Il diritto romano, temperando le asperità del diritto primitivo, rispetto alla donna ischiavita per la *conventio in manum*, mercè l'editto pretorio *Unde vir et uxor*, provvedeva efficacemente al diritto successorio del coniuge, nell'assenza di congiunti chiamati alla successione. Ed in progresso l'autentica *Praeterea* veniva in soccorso della vedova in istato di povertà, attribuendole la *quarta uxoria*. Tra le discordi legislazioni d'Italia, quale più, quale meno generosa nel determinare la entità del diritto successorio del coniuge, il progetto tenne un sistema che non pecca nè per eccesso nè per difetto. Esso progetto di fatti ammette il coniuge alla successione dell'altro, anche in concorso dei discendenti legittimi del defunto, riducendo però a semplice usufrutto la quota successoria, che è la virile, computando il numero dei figli, nè mai trascorrente la misura del quarto dell'asse ereditario. Che se poi si trovasse il coniuge in concorso con ascendenti, la quota ad esso lui devoluta in proprietà si eleverebbe per una scala ascendente al quarto, al terzo, od ai due terzi della eredità, secondo i varii casi di concorso con ascendenti o con collaterali. Da ultimo, l'intero asse ereditario va deferito al coniuge nel difetto di ogni altro congiunto in grado di succedere ».

In seno alla Camera dei deputati, il Pisanelli, relatore sul progetto Vacca, analogo in questa parte al precedente, salvochè attribuiva al coniuge la totalità del retaggio quando si trovasse di fronte solo parenti oltre il sesto grado col defunto, tornava a giustificare la proposta osservando che « era antico lamento la noncuranza tenuta dal Codice francese e da parecchie altre legislazioni pei diritti del coniuge superstite. L'intimo sodalizio dei coniugi, la comunanza di affetti, l'assidua e comune partecipazione ai travagli della vita, le comuni cure prestate alla prole, costituiscono tali vincoli, che la legge non può, non deve rinnegare con un oblio che ferisce ogni onesta coscienza ».

Però, quasi trepidante come se si trattasse di troppo ardita

**152.** Affinchè il coniuge superstite possa essere ammesso a concorrere alla successione dell'altro, una cosa sola richiede la legge, vale a dire che non sussista contro di lui sentenza di separazione personale passata in giudicato (1). Scopo essenzialissimo del matrimonio è il consorzio della vita. Or quello dei coniugi che risulti colpevole d'aver fatto cessare un tale consorzio non può certo meritare nè tanto meno presumere in suo favore l'affetto dell'altro (2). Che se sussista bensì regolare separazione, ma non emerga constatato se e quali torti l'abbiano provocata, come accade quando la separazione ha luogo per semplice mutuo consenso, essa non basta a far decadere i coniugi dai reciproci diritti successorii.

**153.** Parrebbe a tutta prima, che, alla stregua della mera affezione presunta, in caso di separazione giudiziale, neppure il coniuge innocente dovrebbe conservare il diritto a succedere al compagno colpevole, non essendo supponibile che quest'ultimo possa serbare affetto verso il compagno che ottenne contro di lui sentenza di separazione; " car (observava acutamente uno scrittore francese) telle est l'injustice de notre nature que souvent nous haïssons nos ennemis moins à cause des torts dont nous pouvons les accuser, qu'à raison du mal quo nous leurs avons fait nous-mêmes „ (3).

Senonchè l'affetto che la legge pone a base delle successioni intestate è quello soltanto che s'ispira ai principii di ragione, non quello che, nato semplicemente da passione, può da passione contraria essere distrutto; ora è conforme a ragione che il coniuge colpevole, anzichè nutrire in cuor suo odio e rancore verso il coniuge innocente, debba soltanto sentire rimorso dei proprii falli e desiderio di porvi riparo (4).

Del resto, siccome la mancanza di giudicato che pronunzi separazione personale per colpa di lui, è condizione pel coniuge superstite a poter conseguire, in caso di successione testamentaria, la quota che la legge riserva a suo favore sull'eredità dell'altro, così, per maggiori commenti su questo punto, non abbiamo che a riferirci a quanto

innovazione, il relatore della Camera chiudeva la sua relazione invocando ulteriore esame della questione.

« Abbiamo segnalato come notevole progresso del progetto l'aver rilevati i diritti successorii del coniuge. Ora la vostra Commissione ha trovato che si possa dubitare, non già della giustizia del concetto, ma della misura con la quale è stato attuato. Essendo la riserva del coniuge e la sua quota nella successione piuttosto larga, si può dimandare se non fosse più conveniente di concedere al coniuge stesso la consolazione di rimeritare largamente la fida compagnia, gli amorevoli servigi dell'altro coniuge; e se in taluni casi le provvisioni della legge non potrebbero scemare la sollecitudine di un coniuge verso l'altro. Queste considerazioni importano solo che si possa ancora esaminare se non giovi attenuare di alcun poco i dritti successorii del coniuge ».

Ad analogo quesito propostole dal Guardasigilli, la Commissione di coordinamento del Codice civile così rispondeva:

« La Commissione considerando che la successione tra coniugi è altrettanto naturale e razionale quanto la successione tra gli altri congiunti, sia che questa si faccia derivare dal vincolo di parentela o dalla presunta affezione; che i romani avevano già introdotta questa successione colle note disposizioni della *quarta uxoria*, ampliate anche dalla giurisprudenza; che è ben vero che la *quarta uxoria* non era accordata fuori che alla moglie povera e indotata, ma che ai giorni nostri nessuno vorrebbe mantenuta questa limitazione la quale degrada la donna ed è causa di arbitrii e di liti rovinose; che alcuni Codici italiani hanno già stabilito questo diritto di successione tra coniugi e ne sono stati lodati, ond'è che il sopprimerlo ora nel nuovo Codice, il quale è informato da principii liberali e di uguaglianza, sarebbe considerato come un vero regresso; che infine non possono fare ostacolo le osservazioni di taluni, che di questo diritto di successione possano talvolta godere coloro che sieno da poco tempo uniti in matrimonio o che non lo meritino, perciocchè a siffatto inconveniente, che è comune a tutte le successioni legittime, vi è sempre il rimedio del testamento, che appunto il nuovo Codice facilita più di quanto si facesse dagli altri Codici vigenti; opina perciò unanimemente che debbano mantenersi senza modificazione le disposizioni risguardanti i diritti di successione legittima del coniuge superstite, come vennero proposte nei progetti Miglietti, Pisanelli e approvate senza variazione dalla Commissione senatoria ».

(1) È superfluo l'avvertire che acciò il coniuge superstite possa reclamare i diritti successorii che la legge gli attribuisce sulla eredità del predefunto, doveva trovarsi vincolato in matrimonio valido. Se il matrimonio fosse stato dichiarato nullo, nissun diritto successorio gli competerebbe per legge, quand'anche il matrimonio fosse stato da lui contratto in buona fede. Nè monta che la legge (art. 116 Cod. civ.) statuisca che il matrimonio dichiarato nullo *produce gli effetti civili riguardo ai coniugi o al coniuge che fu in buona fede nel contrario*. Perciocchè questo disposto deve evidentemente intendersi nel senso che il matrimonio contratto in buona fede conserva gli effetti civili ch'esso aveva già prodotti quando venne annullato, e non viola i diritti già quesiti dei coniugi o del coniuge in buona fede. Ma dopo l'annullazione il matrimonio non è più suscettibile di produrre *effetti nuovi*, che non costituissero anteriormente veri diritti acquisiti, ma semplici speranze, semplici aspettative.

Quindi avranno bensì effetto le liberalità dipendenti da convenzioni matrimoniali stipulatesi fra gli sposi; ma i diritti successorii che costituiscono appunto una semplice speranza, una semplice aspettativa fino all'aprirsi della successione, che richieggono la sussistenza della qualità di successibile all'istante della morte di colui della cui successione si tratta, non possono farsi valere da un coniuge sull'eredità dell'altro, quando il loro matrimonio, quantunque contratto in buona fede, fu, essi viventi, dichiarato nullo.

È quindi soltanto nel caso in cui la dichiarazione di nullità del matrimonio segua dopo la morte d'uno dei coniugi, che il coniuge superstite, se di buona fede, potrà far valere i suoi diritti sulla successione dell'altro.

Quando la nullità del matrimonio dipendesse dalla sussistenza d'un matrimonio precedente da cui uno degli sposi già fosse vincolato, potrebb'essere che si trovassero in concorso ed in conflitto i diritti spettanti al *coniuge legittimo* ed i diritti spettanti al coniuge putativo di buona fede, entrambi superstiti. Trattandosi di caso difficile a verificarsi, prescinderemo dalla disamina delle relative questioni.

Chi avesse vaghezza di approfondirle potrà utilmente consultare la dotta monografia del Polacco: *Di un caso singolare di successione fra coniugi* (Padova 1896).

(2) « La separazione personale pronunziata contro uno dei coniugi deve costituire per lui una specie d'indegnità. Quando si sono conculcate le relazioni di affetto e furono violati i diritti coniugali, il coniuge che diede motivo alla separazione non può essere chiamato a succedere per affezione presunta dell'altro, senza fare oltraggio alla verità ed alla coscienza pubblica.

« Ciò serve anche a rattenere i coniugi nell'adempimento dei loro doveri. Quando l'armonia domestica possa venire scossa nei sentimenti di affezione, nulla osta che la legge ponga in moto la molla dell'interesse per produrre effetti analoghi » (Pisanelli, *Relaz. sul prog. di Cod. civ.*).

« Bene avvisato si presenta il decadimento dai diritti successorii rispetto al coniuge, contro il quale sia intervenuto un giudicato che pronuncia la separazione personale; è un omaggio codesto che si rende al costume ed alla morale domestica. Nè questo solo; chè una simigliante minaccia non riuscirà il men salutare o il meno efficace dei freni alla osservanza della fede e dei coniugali doveri » (Relaz. della Commissione senatoria sul prog. di Cod. civ.).

(3) Le Sénécal, *Des droits du conjoint survivant* (*Revue critique de législation*, XXXII, p. 207). Già aveva detto Tacito: *Proprium ingenii est, odisse quem læseris* (*Agric.*, XLII).

(4) Ricci, n. 77.

in proposito avemmo a scrivere trattando della riserva del coniuge (1).

**154.** Come risulta dalle cose sovra esposte, anche il diritto successorio tra coniugi riposando sulla presunta affezione dell'estinto, la sua attuazione non è subordinata allo stato di fortuna del coniuge sopravvivente. Certamente, il vizio d'una legge che rifiuti ogni diritto ad un coniuge sull'eredità dell'altro si manifesta sotto il suo aspetto, diremo così, più crudele, allorchè il coniuge defunto fosse dovizioso e povero il superstite; sovente pur troppo avvenne che una consorte fedele ed affezionata, ma priva di beni proprii, si vedesse, alla morte del ricco marito, espulsa dalla casa coniugale da remoti collaterali che il defunto forse appena conosceva, mentre colei che gli aveva prestato le più assidue cure e la più amorevole assistenza, passava d'un tratto dall'agiatezza nella più squallida miseria.

Ma altro è che questa sia una delle più dure conseguenze che possano derivare dalla mancanza di diritto successorio fra coniugi, altro è che l'unico obbiettivo di tale diritto debba consistere nell'ovviare a siffatti inconvenienti. Il ridurre le ragioni successorie del coniuge ad una pensione alimentare, il subordinarle al suo stato di povertà, sarebbe un disconoscere, riguardo ai coniugi, il principio fondamentale che governa le successioni; sarebbe offendere la dignità del coniugio, imporre al sopravvivente una immeritata umiliazione.

A ragione pertanto il nostro Codice non subordinò la successione del coniuge al suo stato patrimoniale, ma la commisurò soltanto al grado più o meno prossimo di parentela dei congiunti dell'estinto coi quali lo ammise a succedergli (2).

**155.** Alla pari poi d'ogni altro successore legittimo, i diritti che il coniuge consegue sulla successione dell'altro gli rimangono acquisiti definitivamente. In ispecie, egli non ne decade neppure qualora passi a nuovo matrimonio.

Si osserva in favore del contrario sistema: che una specie di vincolo morale lega ancora il coniuge sopravvivente all'estinto; che il voto più caro del morente fu certamente che il suo compagno superstite gli si serbasse fedele fino all'estremo della vita; se quindi quest'ultimo passa a nuove nozze, reca ingiuria alla memoria del trapassato, rompe ogni legame che a questo ancora lo univa ed è conforme alla costui presunta volontà che in tal caso il superstite decada da ogni diritto che avesse acquistato sull'eredità di lui.

D'altronde la nuova unione che contrae il coniuge vedovato gli offrirà probabilmente convenienti mezzi di sussistenza per l'avvenire e rimarranno quindi senza scopo gli acquisti fatti dal binubo sul patrimonio del primo coniuge.

Ma a questi ragionamenti ci pare si possa vittoriosamente rispondere.

Certo, il proposito del coniuge superstite di serbare inviolata la fede data al primo compagno è argomento di animo pio e delicato e non può non commendarsi; ma perchè la religione della vedovanza abbia pregio, deve essere frutto di spontanea determinazione, non imposta, neppure indirettamente, dalla legge.

Noi vogliamo anche supporre per un istante che veramente il passaggio d'un coniuge a nuove nozze possa costituire uno sfregio alla memoria del premorto; ma non crederemmo che per ciò il binubo dovrebbe decadere dai diritti acquistati sull'eredità di quello. Se è giusto che chi si rese colpevole di tristi azioni contro una persona venga escluso dalla costei successione come indegno, non è ammessibile che un erede possa venire spogliato di diritti legittimamente acquistati perchè posteriormente alla morte del suo autore abbia commesso fatti oltraggiosi alla costui memoria o quanto meno abbia tenuto una condotta contraria alla costui volontà presunta. Ognun vede che se si adottasse questo criterio, non soltanto il vedovo o la vedova che convola a nuove nozze, ma i figli che dissipano follemente il patrimonio paterno, chi eredita un nome intemerato e glorioso e lo copre co' suoi portamenti di onta e d'ignominia, dovrebbero decadere dagli acquistati diritti. Ma basta ciò enunciare perchè tosto si scorga la enormità delle conseguenze a cui condurrebbe.

Senonchè, può egli poi dirsi che costituisca veramente un'offesa all'estinto il passaggio del superstite a nuove nozze? Spesse volte queste sono consigliate e, diremmo quasi, imposte dall'interesse della famiglia stessa, specialmente quando il sopravvivente rimanga con prole in tenera età e non possa di per sè solo convenientemente attendere all'opera importante e difficile della educazione di questa.

D'altra parte, non sarà, pur troppo, raro il caso, vista l'umana fralezza, che il coniuge vedovo, obbligato ad astenersi dalle seconde nozze affine di non incorrere nella minacciata decadenza, contragga illecite unioni, per cui rimarrà gravemente offesa la pubblica morale e la memoria dell'estinto, che la legge mirava a tutelare riceverà invece allora un reale e ben più deplorevole sfregio.

Quanto all'obbietto che il nuovo matrimonio basterà il più sovente ad assicurare al binubo una conveniente sussistenza, già fu risposto ripetutamente in precedenza quando osservammo che il provvedere alla sussistenza del coniuge sopravvivente non poteva essere la base esclusiva nè l'unico scopo del diritto successorio tra coniugi.

Fu ragione pertanto che nel nostro Codice non si sancisse la decadenza del coniuge dai suoi diritti successorii pel fatto del suo passaggio a nuovo matrimonio (3).

Che se in alcuni casi la legge commina la perdita di certi diritti a chi si vincola in ulteriore connubio, questa perdita ha diverso movente che lo sfavore delle seconde nozze.

Così la legge dichiara decaduta la vedova da ogni diritto verso il suo primo marito, qualora abbia contratto nuovo matrimonio entro i dieci mesi dallo scioglimento dell'anteriore (4); ma con ciò la legge non intende già di punire il fatto delle seconde nozze, sibbene di antivenire il pericolo dell'incertezza della paternità in cui potrebbe trovarsi la prole che per avventura nascesse in quei dieci mesi (5).

(1) V. la voce *Successioni testamentarie*, n. 361.

(2) Pacifici-Mazzoni, p. 433 e seg.

(3) « Si dubitò se l'usufrutto assegnato al coniuge in concorso dei figli dovesse cessare, contraendo egli un nuovo matrimonio. Fu adottata la soluzione negativa.

« La fede coniugale deve mantenersi inviolata durante il matrimonio. Non può pretendersi di più dagli sposi e tanto meno dalla società. Devono cessare quelle pregiudicate opinioni che facevano riguardare con occhio sfavorevole le seconde nozze, e particolarmente la vedova che cercasse l'appoggio di un altro marito. Se la legge ne avesse il potere, dovrebbe colpire il malcostume, non già il secondo matrimonio che spesso è rimedio.

« Si ammette che la vedovanza possa in determinati casi essere desiderata e favorita, quando trattasi dell'interesse dei figli.

« Per questa considerazione già nel progetto si dichiarò cessato l'usufrutto legale dei genitori per il passaggio al nuovo matrimonio; non si dubitò in questo caso di far prevalere l'interesse dei figli alla libertà del matrimonio. Ma la stessa ragione non può applicarsi all'usufrutto che si devolve al coniuge per successione; infatti, tale usufrutto continua ad appartenergli anche dopo la maggiorità o l'emancipazione dei figli » (Relaz. Pisanelli).

(4) Art. 128 Cod. civ.

(5) Art. 57 capov. Cod. civ.

Tant'è ciò vero che la legge soggiunge cessare pella donna tale divieto dal giorno in cui abbia partorito.

Neppure vuolsi scorgere una pena inflitta alle seconde nozze nella cessazione dell'usufrutto legale in cui incorre il coniuge che contrae nuovo matrimonio (1). Invero, l'usufrutto spettante al genitore capo della famiglia sui beni della prole minorenne ha per iscopo precipuo di provvedere alle spese di mantenimento, educazione ed istruzione di questa (2). Or la legge privando il binubo di tale usufrutto ebbe soltanto in mira d'impedire che questo si rivolgesse a favore della nuova famiglia a cui il binubo dà origine col suo nuovo matrimonio.

Infine, il Codice permette bensì ai coniugi di subordinare alla condizione di vedovanza le liberalità testamentarie che uno d'essi faccia all'altro (3); ma, con saggia innovazione sul Codice albertino, non dispone più che tale condizione debba, ancorchè non apposta, ritenersi per espressa ogni qualvolta il testatore lasci prole a sè superstite. È una condizione *permessa*, ma non *presunta*, è quindi impossibile ad aggiungersi alle ragioni del coniuge succedente *ab intestato*.

**156.** Premessi questi generali principii, scendiamo ora alla concreta disamina delle ragioni dalla legge assegnate al coniuge superstite secondo i varii ordini di altri successori legittimi coi quali si trovi a concorrere.

I diritti del coniuge superstite sull'eredità intestata dell'altro variano secondochè il defunto abbia lasciato soli discendenti legittimi — o discendenti legittimi e figli naturali — o soli figli naturali — o ascendenti — o ascendenti e figli naturali — o fratelli e sorelle o costoro discendenti, soli o in concorso d'ascendenti — o altri parenti entro il sesto grado — od infine, non abbia lasciato che parenti oltre il sesto grado.

Come vedremo, i diritti del coniuge, mentre in certi casi sono circoscritti ad un semplice usufrutto, consistono in altri in una vera quota ereditaria in piena proprietà. Il sistema che vorrebbe che le ragioni del coniuge superstite avessero sempre ed in ogni caso a trovarsi limitate ad una quota in usufrutto, s'inspira al concetto che l'obbiettivo del diritto successorio del coniuge sia soltanto quello di provvedere al suo sostentamento e che l'attribuirgli una quota in proprietà costituisca un attentato ai diritti della famiglia del defunto. Ma evidentemente questo concetto è errato: inquantochè le ragioni successorie del coniuge non hanno una base ed un obbiettivo d'indole puramente economica, e se la presunta affezione dell'estinto porta ad attribuire al superstite la partecipanza nell'eredità coi congiunti del deceduto od anche la preferenza ai medesimi, il difetto in lui della qualità di parente non può esser motivo per escluderlo dal momento che il defunto avrebbe potuto, colla sua volontà espressa, ossia col testamento, trasferire il proprio patrimonio ad estranei.

**157.** Esaminiamo ora partitamente le varie possibili ipotesi sovra enunciate di concorso del coniuge coi diversi successibili del defunto.

I. *Concorso del coniuge con discendenti legittimi.*

Quando al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi, la legge non assegna al superstite che una quota *in usufrutto*.

E rettamente, poichè se neppure in questo caso non poteva nè doveva supporsi un totale oblio del proprio compagno per parte del defunto, la voce della ragione, della natura e del sangue richiedeva che la partecipanza del superstite alla successione avvenisse in guisa da lasciar integra la proprietà del patrimonio ai figli dell'estinto (4).

L'usufrutto attribuito dalla legge nel caso in discorso al coniuge superstite è quello di una porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge, con che però non sia mai maggiore del quarto dell'eredità.

Così se il defunto lasci cinque, quattro, tre figli legittimi, spetterà al coniuge superstite l'usufrutto del sesto, del quinto, del quarto dell'eredità; ma gli spetterà ugualmente non più del quarto quand'anche il defunto non lasci che due figli od uno solo.

La fissazione di questo *maximum* è probabilmente dovuta all'influsso della tradizionale *quarta uxoria* (5).

Sotto nome di figli legittimi s'intendono anche i legittimati e gli adottivi; e per quel che riguarda i legittimi od i legittimati per susseguente matrimonio, si comprendono non solo quelli che il defunto avesse comuni col superstite, ma anche quelli avuti da precedenti matrimoni.

Che se un figlio fosse premorto lasciando discendenti, questi, rappresentando il proprio genitore, non verranno calcolati che per una persona sola. Quindi, se il coniuge defunto lasciò due figli legittimi o cinque discendenti di un figlio premorto, l'usufrutto del coniuge superstite non sarà d'un ottavo, ma d'un quarto dell'eredità, come se realmente fossero in vita tre figli.

Ciò che diciamo dei discendenti d'un premorto si applica eziandio ai discendenti di un assente o di un incapace, essendo anche tali discendenti ammessi a succedere per rappresentazione. Ma gli assenti e gli incapaci che non abbiano prole, non fanno numero per determinare la quota del coniuge.

Neppure si calcolano i figli rinunzianti, poichè chi rinunzia ad un'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato (6).

*Quid* se tutti i figli rinunzino alla eredità e sottentrino in questa, *jure proprio*, i loro discendenti?

Noi crediamo che in quest'ipotesi la quota del coniuge vada determinata in base al numero *delle stirpi* che succedono. Poichè diversamente, o bisognerebbe dire che in tale ipotesi il coniuge sia escluso dalla successione; proposizione manifestamente inammessibile; o bisognerebbe

(1) Art. 232 Cod. civ.

(2) Art. 240 Cod. civ.

(3) Art. 850 capov. Cod. civ.

(4) Buniva, *Succ.*, p. 88.

(5) Pacifici-Mazzoni, p. 435. Per l'art. 812 Cod. civ. la quota successoria guarentita dalla legge sull'eredità dell'altro deceduto con testamento e con prole, consiste nell'usufrutto di una porzione uguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge.

Confrontando questo disposto con quello dell'articolo 753, emerge:

1° Che se il defunto lasci un figlio solo, la quota che al coniuge superstite spetta a titolo di porzione di riserva è identica a quella che gli competerebbe in caso di successione *ab intestato*, è, cioè, l'usufrutto del quarto della eredità intiera; avvertendo però che la quota, in caso di successione intestata, si misura sui soli beni lasciati dal defunto al suo decesso, mentre la quota di riserva si calcola coi criterii tracciati dall'art. 822.

2° Che mentre, in caso di successione intestata, la quota del coniuge superstite è sempre identica, sia nel caso che il defunto lasci un unico figlio, che se ne lasci due od anche tre, non potendo mai detta quota essere maggiore del quarto, invece trattandosi della quota di riserva, dal quarto a cui ascende se vi sia un figlio solo superstite, decresce rapidamente al sesto ed all'ottavo se i figli siano due oppure tre. Conf. F. Lordi nell'*Arch. Giur.*, XXXIV, 172.

(6) Ricci, n. 68; Pacifici-Mazzoni, p. 434.

attribuire al coniuge una quota pari a quella dei singoli discendenti di secondo grado; soluzione contraria al testo della legge e che porrebbe in arbitrio dei figli l'alterare la quota successoria del coniuge superstite rinunziando l'eredità del proprio genitore e rendendo quindi anche agevoli le frodi a danno del coniuge sopravvivente (1).

158. L'asse su cui va determinata la quota d'usufrutto dalla legge assegnata al coniuge è il vero e proprio asse ereditario, cioè la massa dei beni lasciata dal defunto al tempo di sua morte. Cotale massa, nei reciproci rapporti dei figli, può essere ampliata, inquantochè ogni figlio che venga alla successione co' suoi fratelli e sorelle deve conferire ai suoi coeredi, ossia rimettere nella massa dividenda, od effettivamente, o per imputazione alla propria quota, tutto ciò che ha ricevuto per donazione dal defunto, salvochè ne sia stato dispensato (2). Ma quest'obbligo di conferimento astringe esclusivamente i discendenti coeredi nei loro reciproci rapporti e non può essere preteso da altra persona qualsiasi (3) e così neppure dal coniuge superstite all'effetto d'impinguare la sua quota di usufrutto (4).

(1) V. però Ricci, loc. cit.

(2) Art. 1001 Cod. civ.

(3) Art. 1014 Cod. civ.

(4) A. Lucca, 14 febbraio 1890, Bacci c. Bacci (*Giur. it.*, 1890, 2, 504). Ecco il ragionamento della Corte:

« Attesochè la sentenza appellata si fondi sopra due ordini di ragioni, l'uno di diritto, interpretando diverse disposizioni del vigente Codice civile e dissertando, con formule alcune volte astruse e non sempre facilmente intelligibili, sopra alcuni generali principii; l'altro di fatto, interpretando la volontà del Baldini nei Bacci dalle stipulazioni contenute nel contratto notarile 3 luglio 1886.

« Attesochè, rapporto alla interpretazione del diritto sembrino alla Corte errate tanto le considerazioni della sentenza appellata, quanto le deduzioni fatte dalla difesa del Bacci. Ed in vero: il punto controverso non può avere congrua risoluzione applicando il solo disposto dell'art. 753 vigente Codice civile, del quale è stato anco non rettamente afferrato il concetto, ma deve essere altresì giudicato sotto la influenza delle disposizioni degli art. 1001 e 1014 dello stesso Codice. Inoltre la collazione in favore e qual diritto del coniuge, esclusa come si vedrà da queste ultime, non può ammettersi per argomentazione, dovendo fondarsi invece in un preciso disposto di legge. E non è infine il caso della riduzione della donazione come lesiva della quota di riserva del coniuge stesso, sicchè possa esser luogo ad applicare l'art. 822 del Codice anzidetto.

« Facile è la dimostrazione di siffatte proposizioni.

« L'art. 753, per ciò che si riferisce al concreto del caso in esame, dispone che quando al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi, l'altro coniuge ha sull'eredità di lui l'usufrutto di una porzione ereditaria uguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anco il coniuge, la quale porzione non può esser mai maggiore del quarto dell'eredità.

« Ora è evidente che tale disposizione, concepita in termini così generali ed assoluti, riguarda naturalmente il caso semplice che la successione si devolva secondo le norme ordinarie e comuni, in ordine alle quali l'eredità viene costituita da ciò che, al tempo della morte del *de cujus*, si trova nel di lui patrimonio divisibile tra i coeredi, tale quale è nel suo valore e nella sua quantità a quel momento. E quando si dice porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge, si accenna a quella sola uguaglianza che materialmente risponde al numero dei figli, senza aver riguardo ai diritti che possano essi eventualmente esercitare sulla successione intestata in ragione delle rispettive loro qualità e per virtù di altre particolari disposizioni di legge.

« Ma la sentenza anzidetta e la difesa della parte appellata, esagerando il concetto della uguaglianza formulato nell'articolo 753 e dandogli una portata giuridica esorbitante, giungono ad ammettere in tesi generale lo strano principio, che l'eredità di un uomo comprenda, oltre i beni rimasti nel suo patrimonio alla morte, anche le donazioni da lui fatte *inter vivos*, senza pensare che della eredità di un defunto vanno a formar parte quest'ultime nei soli casi dalla legge designati, e che sono quelli nei quali ha luogo la loro collazione.

« Adunque la isolata disposizione del più volte citato articolo 753, sulla quale soltanto il coniuge superstite Bacci afferma di voler fondare il proprio diritto, interpretata che sia rettamente e a dovere, porta alla necessaria conseguenza, di ritenere che l'eredità della Baldini nei Bacci in lire 32,707 50 verrebbe a dividersi in due metà, supponendo per un momento che il coniuge fosse egli pure figlio della defunta; ma siccome il diritto di lui all'usufrutto non può essere più del quarto della eredità stessa, ne deriva che la sua quota di riserva non può superare le lire 8176 87.

« La quota di usufrutto determinata così di fronte all'articolo 753 non può venire accresciuta se non mediante la collazione, dato che a questa abbia diritto il coniuge superstite, ed è perciò che allora, congiuntamente al predetto articolo, bisogna prender di mira anche i successivi 1001 e 1014 Codice stesso.

« Peraltro l'istituto della collazione, o per via di conferimento reale, o per via di semplice imputazione del valore (articolo 1015), non è invocabile dal coniuge superstite.

« Dagli articoli 1001 e 1014 infatti si rileva, ed in ciò trovansi concordi la dottrina e la giurisprudenza, che la collazione è dovuta soltanto dal discendente coerede donatario verso gli altri discendenti coeredi cui spetta, ed implica fra essi una reciprocità di doveri e di diritti; che l'istituto della collazione non impera fuori della cerchia della discendenza legittima, avendo per solo giuridico fondamento la presunta uguaglianza assoluta e perfetta di trattamento dell'ascendente verso i discendenti: che, salvo disposizione contraria del donante o testatore, non è dovuta ad altri eredi diversi, nè ai legittimari, nè ai creditori ereditari, e che il coniuge superstite, comecchè non avente la qualità di erede diverso da quelli cui la legge espressamente la attribuisce, non ha diritto di chiederla, nè può profittarne; per cui i beni provenienti da essa, quando vi si faccia luogo, rientrano nel patrimonio ereditario nell'unico e solo interesse relativo e particolare dei figli e discendenti legittimi, e non in quello degli altri successibili o riservatari.

« Gli art. 1001 e 1014 dunque non solo non contemplano il coniuge superstite fra coloro cui è dovuta la collazione, ma chiaramente lo escludono.

« Ed invano la difesa del Bacci, e la sentenza con essa, si appoggiano ad asserti necessari presupposti, ad argomenti di analogia e ad astrazioni inammissibili, onde dare una base qualunque alla tesi da loro propugnata.

« L'eguaglianza di quota di cui è parola nell'art. 753 non può fare, come si afferma, necessariamente presupporre quel diritto del coniuge superstite, perchè uguaglianza di quota non vuol dire competere la collazione, ma, come si è già detto, significa porzione uguale a quella spettante a ciascun figlio sui beni che compongono la eredità al tempo dell'apertura della successione.

« L'argomento di analogia tratto da ciò che il coniuge superstite nelle successioni del coniuge predefunto rappresenta la identica condizione giuridica del figlio, e per cui deve darsi anche a lui lo stesso diritto d'invocare la collazione onde conseguire l'uguaglianza di quota, fa capo al solito equivoco di interpretazione dell'art. 753 e si rivela evidentemente fallace, riflettendo che la collazione ha la sua base in un rapporto strettamente personale di naturali sentimenti fra i genitori ed i figli, a confronto del quale ogni altro si indebolisce e perde efficacia, bene a questo proposito essendosi detto che l'effetto dell'uguaglianza, il quale si presuppone riguardo ai figli, non si ripete nello stesso modo rispetto agli altri congiunti anche i più diletti.

« Neppure l'altro argomento di analogia che si vuol ricavare dalla qualità nel coniuge superstite di legittimario per inferirne in lui il diritto a pretendere la collazione, può essere legalmente ammesso, perchè è notorio esistere una essenziale differenza fra la legittima degli ascendenti e discendenti, e la riserva del coniuge. Che se l'art. 820 accorda a quest'ultimo gli stessi diritti è garantie di cui gode il legittimario per la legittima, non può dedursene che la sua riserva debba essere integra e scevra da pesi e condizioni, e che debba essere poi

**159. Il lascito dell'usufrutto, sia pure d'una quota ereditaria astratta, non attribuendo, secondochè ci pare aver altrove dimostrato (1), la qualità d'erede all'usufruttuario, ed identica essendo la natura giuridica dell'usufrutto,**

reintegrabile col mezzo dell'azione di riduzione quando sia stata lesa; non potranno però mai trasferirsi in lui quei diritti che ha il legittimario in materia di collazione, come altra volta decise in proposito questa stessa Corte d'appello.

« Finalmente non risulta punto conforme alle norme fondamentali del diritto successorio l'astrazione cui si abbandona la sentenza appellata, quando ritiene la eredità della Baldini, considerata come persona giuridica, assumesse gia in se stessa, e senza riguardo nè alla figlia Evelina nè al padre Bacci, il coacervo del *quid relictum die mortis* come proprietà libera, e della costituzione di dote come vincolata, quasi fosse un semplice assegno di beni in usufrutto con riserva della proprietà.

« Tutte queste affermazioni, appoggiate ad asserti necessari presupposti, ad immaginate analogie ed a singolari formule astratte, vengono poi del tutto e subito eliminate dal riflesso, che l'istituto della collazione forma una eccezione ed una deroga al principio fondamentale che i diritti ereditari si misurano soltanto sopra i beni i quali si trovano nel patrimonio del *de cujus* al momento della sua morte. Ed infatti, quando questi per disposizione fra i vivi ha deliberatamente diminuito i suoi averi con atti come le donazioni, che in modo irrevocabile portano l'immediato trasferimento della proprietà delle cose donate nel donatario, non si può più logicamente supporre che esso abbia inteso non doversi considerare come punto diminuito il suo patrimonio allorchè si apre la sua successione; quindi è che la collazione è disposizione rigorosamente eccezionale e deve esclusivamente applicarsi ai soli casi dalla legge previsti, e non ad altri che con quelli possano avere analogia, in quanto *jus singulare non est producendum ad consequentias*. Ora i casi contemplati dal legislatore non sono che quelli enunciati negli art. 746, 756, 820 cap., 1001, 1014, 1026 Codice civile, e tra essi non si trova statuito che il coniuge superstite, di fronte al figlio legittimo col quale concorra nella successione del coniuge predefunto, abbia diritto a collazione e gli sia da quello dovuta.

« La difesa del Bacci crede nonostante di farsi forte coll'obbiettare, che la ragione della legge dovendo essere superiore alla nuda lettera di essa, impone l'applicazione dell'istituto della collazione anche a favore del coniuge superstite, perchè, se non si ammettesse, nel caso concreto si andrebbe alla conseguenza assurda e contraddittoria, che il coniuge stesso verrebbe ad ottenere una quota minore d'usufrutto concorrendo con un solo figlio legittimo, mentre l'avrebbe molto maggiore concorrendo, anzichè con uno, con tre figli. La difesa anzidetta cerca infatti di dimostrare questo facendo l'ipotesi che il coniuge superstite concorra con tre figli legittimi alla successione del coniuge defunto e che uno di essi abbia già conseguito prima della morte del *de cujus* una donazione o una dote. Dovendosi allora da quest'ultimo conferire ciò che ha avuto in vita, l'eredità viene ad essere del *quid relictum* e del *quid donatum*, e così composta si divide tra i figli ed il coniuge ai termini dell'art. 753; e con ciò si conclude che in questo caso al coniuge superstite viene a toccare una maggior quota di quella che gli spetterebbe se concorresse con un solo figlio legittimo donatario non obbligato alla collazione.

« Ma questo ragionamento poggia tutto su di un equivoco, ed è che nella ipotesi surriferita dei tre figli la divisione della eredità si effettui col far profittare il coniuge superstite dell'aumento patrimoniale risultante dalla collazione imposta dalla legge al figlio donatario. Ora si è già veduto e dichiarato che la collazione è dovuta solo tra i figli e discendenti legittimi, e non ad altri eredi, che i beni provenienti da essa vengono a ricomporre il patrimonio ereditario nell'unico e solo interesse relativo e particolare di quelli che per legge vi hanno diritto, e che il coniuge non può trar profitto dagli effetti della collazione con accrescere la sua porzione mercè la sostanza che vien conferita. Ritenuti questi principii indubitati di diritto, si rende chiaro che, se col coniuge superstite concorrano più figli, e tra questi abbia luogo la collazione, il computo si fa diverso e diviene duplice, in quanto che si divide prima il *quid relictum in die mortis* fra il coniuge e i figli, ai termini dell'art. 753, e poi tra i figli soltanto, e secondo il loro numero, si divide ciò che risulta dalla riunione delle quote già da essi nel primo modo conseguite e del *quid donatum* da conferirsi. Ed allora la supposta contraddizione sparisce e l'assurdo si elimina, in quanto che il coniuge superstite verrà ad avere sempre l'identica quota di usufrutto, sia che concorra all'eredità del coniuge predefunto con un sol figlio legittimo, sia che vi concorra con tre e si faccia luogo tra questi alla collazione. Nè fa ostacolo che di fronte alla stessa successione si osservi una norma diversa a seconda del vario diritto dei successibili; imperocchè al legislatore non potè sfuggire il caso, per nulla infrequente, della concorrenza promiscua ad una medesima eredità di eredi discendenti e di altri congiunti diversi, e se in questo caso non fece veruna eccezione al principio stabilito, che la collazione è un obbligo e un rispettivo diritto nella sola sfera della discendenza legittima, dovette di necessità avvisare come congruo e giusto che si facessero due computi differenti, uno senza le collazioni, per determinare la porzione degli altri eredi diversi, uno mediante le collazioni ed in aggiunta all'altro, per misurare i diritti dei figli e discendenti legittimi.

« Non risultando che siffatta questione sia stata proposta e risoluta di fronte alle disposizioni del Codice civile italiano, la difesa della parte appellata ha cercato appoggio in varie decisioni proferite di fronte alle congeneri disposizioni del Codice civile albertino (art. 959, 1067 e 1080 corrispondenti agli art. 753, 1001 e 1014 Cod. civ. ital.). Tra le citate da essa quelle che risolvono il caso in esame sono soltanto la sentenza della Corte d'appello di Casale del 19 aprile 1852 (*Giurispr. ital.*, 1852, II, 392) e la sentenza della Corte d'appello di Genova nella causa Negrotto-Cambiaso dell'11 dicembre 1857 (*ivi*, 1857, II, 895). Ma se la difesa anzidetta avesse istituito ulteriori ricerche, avrebbe trovato che la Corte d'appello di Casale cambiò poi la sua giurisprudenza, e con sentenza del 28 gennaio 1868 (*Giurisprudenza* di Torino, 1868, II, 174) giudicò sviluppatamente il contrario, e che la citata sentenza della Corte d'appello di Genova venne annullata dalla Corte di cassazione di Milano colla sua decisione del 5 luglio 1860 (*Giurisprud. ital.*, 1860, I, 354) e, rinviata la stessa causa Negrotto alla Corte d'appello di Torino, questa con sentenza 1° luglio 1861 (*ivi*, 1861, II, 584) risolutamente respinse la teorica ammessa dalle decisioni invocate e svolse ed applicò i principii e le norme di diritto che sono state superiormente enunciate.

« Ma la difesa del Bacci pur tuttavia torna ad insistere, e scendendo anche a concedere che la collazione sia dovuta dal figlio discendente coerede, si spinge non ostante a sostenere che il coniuge superstite può avere nelle successioni intestate, e per una ragione di uguaglianza, il diritto d'invocare la disposizione dell'art. 822 Codice civile e di chiedere la ricomposizione della massa ereditaria facendo ritornare fittiziamente nel calcolo della medesima tutto quanto sia stato disposto in vita dal *de cujus* a favore del figlio legittimo. Però così argomentando essa dimostra troppo ingenuamente di non accorgersi che mediante quella ricomposizione fittizia verrebbesi ad aumentare in proporzione la disponibile ed il coniuge superstite riuscirebbe ad ottenere una quota di usufrutto maggiore di quella che gli competerebbe se la ricomposizione stessa non avesse luogo, per cui in sostanza, sotto il velo di una finzione, si verrebbe a creare un nuovo caso di collazione non solamente non contemplato, ma di fronte al coniuge superstite affatto escluso per espressa proibizione di legge.

« In ogni evento l'art. 822 sarebbe sempre inapplicabile in quanto è disposizione che, muovendo soltanto dall'ipotesi dell'esercizio dell'azione di riduzione, si riferisce esclusivamente alle successioni testamentarie, perchè soltanto in queste si può generare il conflitto degl'interessi fra gli eredi che invocano il testamento ed i riservatari che si appoggiano alla legge, la quale circoscrive la libertà delle disposizioni, mentre nelle successioni legittime non è possibile il conflitto tra il coniuge e gli altri successibili, poichè l'uno e gli altri ritrovano nella legge la misura delle rispettive ragioni.

« Inoltre l'art. 822 riguarda il modo di concretare e stabilire la parte disponibile e la legittima nelle successioni intestate,

(1) V. la voce *Successioni testamentarie*, n. 24.

abbia esso titolo nella volontà dell'uomo o nella legge, ne scende che neppure il coniuge sopravvivente non è a considerarsi erede per le ragioni d'usufrutto che viene a conseguire sull'eredità intestata del suo compagno (1).

Queste ragioni d'usufrutto possono dagli eredi essere soddisfatte o mediante l'assicurazione d'una rendita vitalizia o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditarii da determinarsi d'accordo e altrimenti dall'autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze del caso.

Uguale facoltà è dalla legge concessa agli eredi riguardo alle ragioni d'usufrutto attribuite al coniuge a titolo di quota di riserva nelle successioni testamentarie. Non abbiamo quindi che a riferirci alla disamina a suo luogo già fatta di tale disposizione (2).

**160.** Nell'assegnare al coniuge superstite una quota in usufrutto, la legge sembra presupporre che il patrimonio lasciato dal defunto gli competesse *in piena proprietà*, cosicchè sia sempre possibile il gravarlo d'usufrutto. Ma può essere benissimo che il patrimonio lasciato dal defunto consorte fosse in nuda proprietà, ed in tal caso come potrà ottemperarsi alla prescrizione di legge di cui ci occupiamo? Suppongasi. Un padre di famiglia lega alla consorte l'usufrutto universale della propria eredità e nella nuda proprietà di questa istituisce eredi universali i figli. Costoro, i quali, a senso dell'art. 810 Cod. civ., hanno la scelta o di rivendicare la loro legittima in piena proprietà abbandonando alla madre la proprietà della disponibile, o di acquietarsi al giudizio del defunto genitore, si attengono a questo secondo partito. In seguito uno dei figli, ammogliato anch'esso e con prole, viene a decedere *ab intestato*, vivente ancora la madre, senza lasciare nel proprio patrimonio altre sostanze che quelle ereditate dal padre. Ed ecco che la sua vedova, a cui in tali circostanze la legge destina una quota in usufrutto sulla eredità del marito, si trova di fronte un asse costituito di beni in nuda proprietà! Diremo noi che in questo caso la vedova sia destituita di diritti successorii? Ma la legge non fa distinzione e sarebbe assurdo che la spettanza di tali diritti potesse dipendere da una mera accidentalità, quale si è l'indole peculiare dei beni lasciati morendo da un coniuge nel suo patrimonio; nè v'ha chi non vegga come, nel combattuto sistema, riuscirebbe agevole l'eludere ed il frodare la legge che vuole assicurata una quota in usufrutto al coniuge superstite.

Secondo noi, la difficoltà va risolta nel modo seguente: si calcola il valore venale della nuda proprietà caduta nell'eredità; l'interesse della somma rappresentante detto valore costituisce idealmente l'usufrutto di cui alla vedova spetta una quota.

Praticamente poi si procura alla vedova il godimento di un tale usufrutto, o capitalizzandolo, assegnando cioè alla vedova tanti beni in nuda proprietà quanti bastino a rappresentare le sue ragioni d'usufrutto capitalizzato, o assicurandole una rendita vitalizia che le guarentisca un'annualità corrispondente alla sua quota d'usufrutto.

Esempio. I beni cadenti nell'eredità, ma gravati d'usufrutto a favore di un terzo, varrebbero lire centomila, ma tenuto conto dell'età e dello stato di salute della persona usufruttuaria, il loro valore venale viene determinato in sole lire cinquantamila. L'interesse normale d'una somma di lire cinquantamila essendo di lire duemilacinquecento, tale si considera idealmente il reddito del patrimonio ereditario. Supposto che alla vedova competa l'usufrutto del quarto, essa in concreto avrebbe diritto ad un'annualità di L. 625. Tale annualità può essere soddisfatta o capitalizzandola, assegnando cioè alla vedova tanti beni in nuda proprietà quanti bastino a rappresentare il valore di quell'usufrutto, tenuto calcolo dell'età e dello stato di salute dell'usufruttuaria (e così se la durata probabile della costei vita appaia essere ancora d'anni dieci, le si assegneranno beni per L. 6250); oppure procurando alla vedova stessa una rendita vitalizia d'annue L. 625.

Non ci consta che questo punto di questione, di rilevante importanza pratica, sia per anco stato preso in disamina da altri scrittori.

**161.** II. *Concorso del coniuge con discendenti legittimi e figli naturali.*

Concorrendo figli naturali con legittimi, l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo (3).

Vi fu chi ebbe ad interpretare questo disposto nel senso che il coniuge abbia l'usufrutto della porzione che *spetterebbe* a ciascun figlio legittimo, compreso nel numero dei figli anche il coniuge (4).

Così supposta un'eredità di L. 140,000, cinque figli legittimi e due naturali, il coniuge avrebbe l'usufrutto di L. 20,416, tale essendo la porzione che spetterebbe a ciascun figlio legittimo se fossero in numero di sei. Ma quest'interpretazione ci sembra in urto colla lettera e collo spirito della legge. Colla lettera: poichè la legge dice che in caso di tale concorso l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella CHE TOCCA a ciascun figlio legittimo; allude quindi ad una quota concreta, non ad una quota ipotetica e fittizia. Collo spirito: poichè se nel caso

---

per cui non può riferirsi se non alla riserva competente al coniuge superstite nelle medesime, la quale si detrae dalle disponibili e consiste nell'usufrutto di ciò che sarebbe la legittima dei figli del *de cujus*, compreso nel numero di questi anche il coniuge (art. 812 e 816 Codice civile).

« Non bisogna dunque confondere la collazione della donazione con la riduzione cui questa può andar soggetta; imperocchè, soltanto ove si chiegga di ridurre la donazione, i beni donati sono riuniti fittiziamente alla massa nel fine di constatare se la quota dovuta al riservatario sia stata lesa per effetto della donazione stessa, onde poter questa di tanto ridurre di quanto ammonta la lesione.

« Ora il Bacci non ha promosso l'azione di riduzione verso l'assegno dotale della figlia Evelina e non avrebbe potuto promuoverla, giacchè le donazioni, sulla domanda di quelli a vantaggio dei quali la legge accorda nelle successioni testate una legittima o altra quota di riserva, vanno soggette a riduzioni unicamente quando al tempo della morte del donante si riconoscano eccedenti la disponibile, ossia la porzione dei beni di cui il medesimo avrebbe potuto disporre per testamento (art. 1091 e 1092 Cod. civ.): e nel caso in esame fatta pure la ricomposizione fittizia di che nell'art. 822, rilevasi che la donazione della Baldini non fu inofficiosa perchè non eccedè la disponibile. Non essendo stata quindi dal Bacci promossa, perchè non promuovibile, l'azione di riduzione, quest'art. 822, comecchè inapplicabile al caso, non ha alcuna missione da compiere. — *Omissis*.

« Per questi motivi, ecc. ».

In senso contrario vedi Cass. Napoli, 14 luglio 1892, Di Padova-Romanelli (*Foro it.*, Rep. 1892, voce *Successione*, n. 74).

(1) Fulci, § XXXVII; Gianturco, p. 101; Pacifici-Mazzoni, p. 439 e seg.; Borsari, § 1615 e seg.; Chironi, *Quest. di diritto*, p. 365 e seg.; A. Perugia, 18 marzo 1880, Bachiti c. Certelli, *Ann.*, XIV, 2, 71); Cass. Torino, 10 settembre 1884, Moroni c. Antonietti (*Giur.*, Torino, 1884, p. 673); 13 maggio 1892, Baretti c. Delpiano (*ivi*, 1892, p. 708); Cass. Napoli, 27 luglio 1892, Ruggiero c. Scotti (*Gazz. Proc.*, XXV, 290).

(2) V. la voce *Successioni testamentarie*, n. 371.

(3) Art. 753, 1° capov. Cod. civ.

(4) Ricci, n. 70.

d'esistenza di soli figli legittimi la legge non volendo che l'usufrutto del coniuge riuscisse troppo gravoso alla prole, oltre al fissarne il *maximum* al quarto dell'eredità, stabilì pure che pel calcolo della porzione il coniuge dovesse comprendersi nel numero dei figli, quando invece concorrano anche figli naturali, la porzione dei figli legittimi, che serve di base a quella del coniuge, già si trova ridotta a motivo di questo concorso e quindi cessa il motivo di comprendere nel numero dei figli anche il coniuge per calcolare la costui quota d'usufrutto.

Per questi motivi crediamo tanto più da respingersi l'interpretazione d'altro commentatore, secondo il quale l'usufrutto del coniuge sarebbe d'una porzione eguale a quella di ciascun figlio, calcolando tutti i figli come legittimi e comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge (1). Così, nell'esempio sovr'addotto, al coniuge non spetterebbe che l'usufrutto dell'ottava parte delle L. 140,000, ossia di L. 17,500.

A nostro avviso pertanto, la quota che i singoli figli legittimi vengono effettivamente a conseguire in concorso con figli naturali costituisce la misura della porzione ereditaria spettante in usufrutto al coniuge, con che però tale porzione non ecceda il quarto dell'eredità. Così, ritornando al solito esempio, se cinque siano i figli legittimi, due i naturali, e l'eredità ascenda a 140,000 franchi, l'usufrutto del coniuge sarà di 24,000 franchi, a tal somma ascendendo la porzione pertoccante a ciascun figlio legittimo; ma se non vi fossero che due soli figli legittimi ed uno naturale, il coniuge superstite non avrebbe già l'usufrutto di L. 58,332 (porzione pertoccante a ciascun figlio legittimo), ma bensì di sole L. 35,000, quarto della eredità (2).

162. La quota d'usufrutto del coniuge superstite graviterà proporzionalmente sulle quote ereditarie dei singoli figli legittimi e naturali; come pure sarà a comune proporzionale carico la rendita vitalizia ch'essi decidessero di sostituirvi.

163. III. *Concorso del coniuge con soli figli naturali.*

Se il defunto non ha lasciato figli legittimi, ma soli figli naturali, il coniuge consegue un terzo della eredità in piena proprietà, devolvendosi gli altri due terzi ai figli naturali (3).

164. IV. *Concorso del coniuge con ascendenti.*

Se il defunto non ha lasciato discendenti, ma i genitori od altri ascendenti, questi conseguono parimente i due terzi della eredità, ed il coniuge superstite un terzo (4).

Ciò nel caso di parentela legittima; poichè, come già vedemmo anteriormente, se il defunto fosse stato figlio naturale, l'eredità si dividerebbe *per parti eguali* tra i genitori dell'estinto ed il coniuge; gli ascendenti più remoti dell'estinto non avrebbero alcun diritto alla sua successione, la quale si devolverebbe per intiero al coniuge (5).

165. V. *Concorso del coniuge con ascendenti e figli naturali.*

Se al defunto sopravvivono figli naturali e ascendenti, il coniuge superstite ha diritto ad un solo quarto dell'eredità. Un terzo della eredità va agli ascendenti, ed il rimanente ai figli naturali. In altri termini, e per facilità di computo, al coniuge spettano tre dodicesimi dell'eredità, agli ascendenti quattro, ed i restanti cinque dodicesimi ai figli naturali. Così se l'eredità fosse di 60,000 franchi, il coniuge ne conseguirebbe 15 mila, gli ascendenti 20 mila e 25 mila i figli naturali.

166. VI. *Concorso con fratelli e sorelle del defunto o costoro discendenti.*

Se il coniuge concorre con fratelli o sorelle del defunto o costoro discendenti ha diritto ad un terzo dell'eredità (6).

Ma che dovrà dirsi nel caso in cui insieme ai fratelli, sorelle o costoro discendenti concorrano anche ascendenti dell'estinto? Vi ha chi ritiene che in questo caso la quota del coniuge sia soltanto del quarto (7). Ma a noi pare che questa interpretazione sia un aggiungere alla legge. Quando la legge volle che il simultaneo concorso di parecchi ordini di parenti insieme al coniuge avesse per effetto di diminuire la quota successoria spettante a questo in concorso con ciascuno di tali ordini separatamente, lo disse in modo esplicito. Nel nostro caso la legge si tace e non dev'essere lecito all'interprete di creare una quota successoria che non è stabilita dalla legge. Nell'ipotesi in discorso crediamo pertanto si debbano simultaneamente applicare gli art. 740 e 754 che non presentano antinomia fra loro; si preleverà perciò sull'eredità una porzione virile od il terzo a favore dei genitori, si detrarrà quindi un altro terzo a favore del coniuge ed il rimanente verrà diviso tra i fratelli (8).

167. VII. *Concorso con altri parenti successibili entro il sesto grado.*

Quando esistano altri parenti del defunto entro il sesto grado che non siano discendenti da fratelli o sorelle del medesimo, l'eredità si devolve al coniuge sopravvivente per due terzi (9).

168. VIII. *Mancanza di parenti entro il sesto grado.*

Se non esistono parenti successibili entro il sesto grado, l'eredità si devolve al coniuge superstite per intiero (10).

La legge in questo regolamento della successione intestata del coniuge ha giustamente apprezzate le affezioni presunte dell'estinto; quanto più i rapporti di parentela

---

(1) Borsari, *Comm. al Cod. civ.*, art. 753.

(2) Chiamando $E$ l'eredità, $f$ il numero complessivo dei figli, tra legittimi e naturali, $l$ il numero dei figli legittimi, $n$ il numero dei figli naturali ed $L$ la quota spettante a ciascun figlio legittimo, questa sarà data dalla seguente formola:

$$L = \frac{E}{f} + n\frac{E}{2f.l}$$

Tale formola rappresenterà quindi anche la porzione d'eredità su cui ha diritto ad usufrutto il coniuge superstite in concorso con figli legittimi e naturali, purchè però $L$ non sia maggiore di 1/4 $E$.

(3) Art. 754 Cod. civ.

(4) Art. cit.

(5) Non può quindi avere alcuna rilevanza il fatto che l'art. 754, nella sua prima parte, parli di concorso del coniuge con ascendenti genericamente, e nel capoverso specifichi il concorso del coniuge con *ascendenti legittimi*; gli ascendenti naturali, esclusi i genitori, non hanno mai diritto alcuno alla successione del figlio naturale e quindi la qualifica di legittimi nel cennato capoverso è puramente pleonastica. V. A. Napoli, 4 settembre 1867, Camella-Natale (*Ann.*, II, 2, 57). V. pure Lomonaco nel *Filangeri*, III, p. 804 e seg.; Pacifici-Mazzoni, p. 454.

(6) Non si distingue tra fratelli germani od unilaterali. Veda però Lordi, nell'*Arch. Giur.*, XLI, 543.

(7) Borsari, *Cod. civ.*, § 1618.

(8) V. la già riferita decisione della Corte d'appello di Napoli, 4 settembre 1867; Gianturco, p. 103; Cavallaro-Freni, n. 134.

(9) Art 755 Cod. civ.

(10) Art. 755 capov. Cod. civ. I precedenti progetti di Codice civile si limitavano ad ammettere il coniuge a concorrere coi parenti in grado successibile. Fu solo il progetto Vacca che diede esclusiva preferenza al coniuge di fronte a congiunti che fossero oltre al sesto grado di parentela col defunto. L'innovazione non sembra aver dato luogo a speciali osservazioni.

si affievoliscono, tanto più è a presumersi che il coniuge concentri le proprie affezioni nella persona del suo compagno; e di fronte a collaterali di settimo od ulteriore grado, d'ordinario appena noti, non è a dubitarsi che la volontà più ragionevole dell'estinto sia quella che il suo compagno superstite venga loro assolutamente preferito (1).

**169.** È superfluo l'avvertire che il concorso di collaterali insieme al coniuge suppone che il defunto fosse persona avente natali legittimi; poichè se si trattasse di figlio naturale, i suoi congiunti collaterali non avrebbero diritto alcuno alla eredità di lui, la quale pertanto si devolverebbe al coniuge per intiero.

**170.** I diritti che la legge attribuisce ad un coniuge nella successione intestata dell'altro e di cui abbiamo fin qui tenuto discorso, ricevono però un notevole temperamento dall'art. 756 del Codice civile, a tenore del quale " il coniuge, concorrendo con altri eredi, deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che acquista in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali " (2).

Non è agevole dar congrua ragione di questo disposto, desunto dal Codice albertino (3), senza che nè dai lavori preparatorii dello stesso, nè da quelli del Codice attuale emergano i motivi che abbiano indotto il legislatore ad introdurlo.

Analogo disposto, come vedemmo, vige a carico dei figli naturali; ma per questi è giustificato essenzialmente dalla circostanza della limitata loro capacità successoria, cui non può esser lecito far frode per obliqua via, mentre, se si eccettui il coniuge del binubo che lasci prole di primo letto, pienissima è la capacità successoria del coniuge nei rapporti col suo compagno.

Tale disposto non potrebbe neppure interpretarsi quale obbligo per il coniuge di conferire alla massa ereditaria, per via d'imputazione, le liberalità ricevute per atto tra vivi dal defunto. Perciocchè il testo esplicito e la ragione della legge escludono che possa parlarsi di collazione fuorchè tra coeredi discendenti.

Nè migliore spiegazione potrebbe trovare il disposto in disamina nel riflesso che il coniuge sia tra le persone a cui la legge guarentisce una quota sull'eredità del compagno. Perciocchè questa sua qualità d'avente diritto ad una porzione di riserva importa soltanto che volendola egli conseguire, debba anzitutto imputare alla medesima le liberalità già largitegli dal defunto; ciò suppone che il defunto abbia colle sue liberalità tra vivi o testamentarie recato lesione a detta quota riservata, e per tale ipotesi, l'obbligo d'imputazione per il coniuge è esplicitamente sancito dall'art. 820 del Codice civile. Ma nel caso nostro si tratta non già della quota che la legge assicura al coniuge *contro la volontà dell'estinto*, ma bensì della quota che devolve al coniuge *in base alla presunta volontà dell'estinto stesso*, volontà, sulla quale, di regola, la legge ritiene non eserciti influenza la circostanza che il successibile abbia già ricevuto liberalità dal defunto.

Il disposto in disamina pertanto non pare potersi spiegare che quale un temperamento adottato dal legislatore quasi a moderare l'arditezza dell' innovazione che aveva sancito quando, contro il diritto secolare, aveva chiamato il coniuge a consuccedere al suo compagno insieme ai costui prossimi congiunti. Ritenne cioè probabilmente il legislatore, che, a diminuire la detrazione al patrimonio del defunto e a rendere così minore il pregiudizio dei costui congiunti successibili, fosse conveniente che, pur ammettendo fra i coeredi il coniuge superstite, lo si costringesse a comprendere nella propria quota quelle liberalità che il compagno già gli aveva largito, ordinariamente sotto la condizione di sopravvivenza, e così con intenti ed effetti analoghi alle disposizioni *mortis causa*.

**171.** Checchè ne sia, certo è che l'art. 756 costituisce una disposizione di diritto singolare e quindi da interpretarsi ristrettivamente. Di conseguenza:

1° Mentre l'analoga imputazione dalla legge imposta ai figli naturali deve effettuarsi *non ostante qualunque dispensa* (4), nulla osterebbe che alle liberalità da uno sposo pattuite a favore dell'altro nelle scritte nuziali andasse unita la dispensa dall'imputazione alla propria quota successoria in caso di sopravvivenza dello sposo donatario (5);

2° L'imputazione di cui si tratta astringe il coniuge unicamente nel caso in cui consucceda *ab intestato*, non già quando consucceda per esplicita vocazione del defunto, ossia in virtù di costui testamento.

**172.** Per ragioni analoghe a quelle per le quali eguale soluzione abbiamo creduto di dover dare nei rapporti coi figli naturali, riteniamo che nell' asse su cui il coniuge deve misurare la propria quota successoria non debbano comprendersi le liberalità ch' egli è tenuto ad imputare. Così se nel contratto di matrimonio uno sposo abbia fatto alla sua sposa una donazione di L. 10,000, e muoia poi *ab intestato*, lasciando superstite la consorte e fratelli, ed un patrimonio di L. 90,000, sarà su queste L. 90,000 che andrà computato il terzo spettante alla vedova, la quale di conseguenza, dovendo imputare alla sua porzione le ricevute L. 10,000, più non potrà pretendere a saldo della sua parte fuorchè L. 20,000.

**173.** Il coniuge, dice la legge, deve imputare alla sua porzione ciò che acquista *in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali*. Uguale obbligo è imposto al coniuge che reclami la sua quota di riserva nella successione testamentaria dell'altro (6); per l'interpretazione quindi dell'or ricordata locuzione non abbiamo che a riferirci a quanto dicemmo trattando di detta porzione di riserva (7).

**174.** Ma la menzione dei cespiti che il coniuge è tenuto ad imputare alla sua quota sarà essa tassativa o meramente indicativa? In ispecie, supposto che un coniuge deceda *partim testatus, partim intestatus*, ove per testamento abbia disposto di qualche lascito a favore del compagno superstite, sarà questi tenuto ad imputarlo alla quota in cui succede *ab intestato*?

Prima di risolvere questo delicato punto di questione, crediamo opportuno premettere che il Codice albertino accordava una quota successoria al coniuge sull' eredità del suo compagno *morto senza testamento*.

Da questa locuzione la giurisprudenza aveva dedotto che sempre quando un coniuge fosse morto *con testamento*, nulla potesse il coniuge superstite pretendere sulla successione dell'altro, o potesse pretendere unicamente quanto gli era stato lasciato per testamento, ritenendo che l'aver un coniuge fatto testamento senza far ivi menzione del compagno, o contemplandolo in limitata misura, implicasse

(1) Buniva, op. cit., p. 86; Cavallaro-Freni, n. 130.

(2) L'indicazione dei lucri dotali, indipendentemente dalle convenzioni matrimoniali, é, come altri ebbe già a notare, meno esatta. Essa si comprendeva nel Codice albertino (articolo 960 capov.), che faceva luogo ai lucri dotali senz'uopo di esplicita pattuizione degli sposi (art. 1529 Cod. civ. alb.); ma non conviene più al nostro Codice, che non ammette lucri se non siano stati espressamente convenuti (articolo 1398 Codice civile it.).

(3) Art. 960.

(4) Art. 746 Cod. civ.

(5) Gianturco, p. 105; Cavaliaro-Freni, p. 136; Ricci, n. 75; Pacifici-Mazzoni, p. 457; Borsari, § 1520.

(6) Art. 820 Cod. civ.

(7) V. la voce *Successioni testamentarie*, n. 393.

nel testatore intenzione d'escludere il superstite compagno dalla successione, o da ogni maggior compartecipazione alla medesima oltre gli assegni fattigli, benchè la successione si devolvesse in parte *ab intestato*. Senonchè era questa evidentemente una ingiuriosa disparità di trattamento che si faceva al coniuge in confronto cogli altri eredi legittimi, noto essendo che, aprendosi una successione parte per testamento e parte per legge, l'essere stato alcuno degli eredi legittimi contemplato nel testamento, non è, per sè sola, ragione sufficiente per cui abbia ad essere escluso dalla restante eredità che si devolve *ab intestato*.

Niun dubbio pertanto che, sotto il nostro Codice, dal quale non trovasi neppur più riprodotta la locuzione che aveva offerto pretesto alla sovra censurata giurisprudenza, il lascito testamentario fatto da un coniuge al suo compagno non pregiudica quest'ultimo nelle sue ragioni alla successione intestata del defunto, quando si tratti di successione testamentaria soltanto in parte (1).

Non vuolsi però disconoscere che di fronte alla libertà di disposizione che compete al testatore e alla facoltà di valersi di qual locuzione più gli talenti per esprimere le sue volontà, non potrebbe essere conteso ad un coniuge, che dettasse un lascito a favore del proprio compagno d'ordinare che, mediante il lascito stesso, quest'ultimo avesse a ritenersi soddisfatto d'ogni e qualunque ragione potesse competergli sulla sua eredità; nel qual caso riterremmo interdetta al superstite ogni ulteriore pretesa quando pure il defunto avesse lasciato che una parte della sua successione si devolvesse *ab intestato* (2).

Ma quando una simigliante intenzione non emerga, ed il coniuge, già favorito d'un lascito, non trovi ostacolo a concorrere, quale erede legittimo, sulla parte dell'eredità che si devolve *ab intestato*, sarà esso tenuto ad imputare alla sua quota legittima il lascito testamentario già ricevuto?

Non dissimuliamo che gli argomenti che si fanno valere a favore dell'opinione negativa, che prevale in giurisprudenza, ci sembrano soggetti a serii dubbii.

Si dice che se la legge avesse voluto l'imputazione dei lasciti alla quota di successione *ab intestato* l'avrebbe detto, come lo disse esplicitamente riguardo alla porzione di riserva.

Senonchè è noto che il legislatore dispone per i casi che *frequentius contingunt*. Ora la simultanea devoluzione di un'eredità parte per legge e parte per testamento è caso eccezionale; d'ordinario, o il testamento regola per intiero la successione o la regola per intiero la legge. Quindi l'imporre al coniuge, succedente per legge, d'imputare alla sua quota quanto avesse ricevuto per testamento, avrebbe potuto parere incongruo e contraddittorio. Era per contro ovvio e naturale che la legge imponesse al coniuge d'imputare *alla sua quota di riserva* anche quanto avesse ricevuto per testamento; dappoichè la quota di riserva essendo quel *minimum* che la legge guarentisce al coniuge *anche contro la volontà dell'estinto*, ed il suo reclamo presupponendo quindi l'apertura d'una successione testamentaria, si comprende che la legge statuisca che in tanto possa il coniuge pretenderla in quanto non abbia *tantumdem* conseguito per diretta liberalità del defunto, sia tra vivi che per testamento.

Si dice ancora che le liberalità fatte nelle scritte nuziali sono determinate dai futuri rapporti coniugali, e siccome la considerazione di tali rapporti consigliò l'ammissione del coniuge alla successione legittima, così sembrò conveniente che il coniuge dovesse imputare quanto in vista degli stessi rapporti si trovasse d'avere già conseguito; la quale ragione però non militasse in ordine ai legati.

Pare a noi invece che come le liberalità portate dal contratto di matrimonio s'inspirano ai rapporti coniugali *futuri*, così le liberalità che un coniuge dispone a favore dell'altro nel proprio testamento siano determinate dai rapporti coniugali *passati*, cosicchè non vi sia motivo di distinguere tra le une e le altre rispetto all'obbligo dell'imputazione alla quota successoria legittima.

Però l'imputazione di cui si tratta costituendo, come dicemmo, un diritto singolare e quindi non suscettivo d'interpretazione estensiva, dal momento che il testo della legge non esige l'imputazione delle liberalità testamentarie e che è possibile il dubbio sulla precisa intenzione del legislatore al riguardo, riteniamo pur noi che i lasciti per testamento non abbiano ad essere imputati (3).

**175.** Quando la quota successoria del coniuge sia in semplice usufrutto e la liberalità da imputare sia in piena proprietà, come potrà praticamente operarsi questa imputazione?

Analogo quesito abbiamo dovuto risolvere quando trattammo dell'imputazione alla quota di riserva (che è sempre in semplice usufrutto) delle liberalità in piena proprietà pervenute al coniuge superstite dal defunto. Non abbiamo quindi che a riferirci alla soluzione del problema già data a tale proposito (4).

## CAPO VI.

### Della successione dello Stato.

176. Successione dello Stato. Suo carattere. Conseguenze pratiche. — 177. Ragione per cui il retaggio non si devolve, invece che allo Stato, ad altri enti.

**176.** In mancanza delle persone chiamate a succedere secondo le regole stabilite nelle sezioni precedenti, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato (5).

Non manca chi avvisi che lo Stato, nell'acquistare l'eredità di chi deceda senza congiunti successibili, eserciti una funzione sociale, avocando a beneficio della totalità dei consociati quei beni che sarebbero facile cagione di contestazioni e di lotte se lasciati in balìa del primo occupante (6).

Questo concetto pare a noi assolutamente erroneo.

Invero, la legge non si limita già a dichiarare la pertinenza al pubblico demanio dei beni di chi deceda *ab intestato* senza parenti (7), ma chiama lo Stato a succedere nell'eredità; lo Stato quindi riveste la qualità non di suc-

(1) Cass. Napoli, 10 luglio 1877, Capozio-Barile, e 21 dicembre 1877, Corvino-Di Cunto (*Ann.*, XI, 1, 403, e XII, 1, 168); Brezzo, *La massa ereditaria ecc.* (Torino 1894), n. 42.

(2) Conf. A. Torino, 15 febbraio 1874, Zanetto-Arione (*Giur.*, Torino, 1884, p. 286).

(3) In questo senso: Troise F. nel *Filangeri*, 1885, p. 251; A. Macerata, 25 novempre 1879, Marinelli-Palmaroli (*Giur. it.*, XXXII, 1, 2, 376); Cass. Roma, 15 giugno 1880, Palmaroli c. Palmaroli (*Foro it.*, V, 1, 796), e 26 aprile 1887, Felici-Ginnetta (*Annali*, XXI, 1, 234); A. Torino, 21 aprile 1883, Borgaro-Remondo (*Giur.*, Torino, 1884, p. 446); 30 settembre 1893, Pich-Dominici (*ivi*, 1893, p. 789); Ricci, n. 75; Brezzo op. e loc. cit. In senso contr.: A. Napoli, 23 febbraio 1875, Scoppa-Brancia (*Ann.*, IX, 1, 293); e 3 luglio 1876 (*Giur. it.*, XXVIII, 2, 808); Lordi, nell'*Archivio Giuridico*, XXXIX, 246.

(4) V. la voce *Successioni testamentarie*, n. 394.

(5) Art. 758 Cod. civ.

(6) V. Ricci, n. 79.

(7) Per contro, nel Codice francese, indipendentemente dal disposto che, in difetto di congiunti, devolve allo Stato l'eredità del defunto (art. 768) uno speciale articolo (539), dichiara di pertinenza del Demanio pubblico i beni delle persone che decedono senza eredi.

**cessore anormale od irregolare, ma bensì d'erede, nè più nè meno dei parenti che a preferenza di lui sono chiamati; unica sua caratteristica è di costituire l'ordine ultimo dei successori *ab intestato* (1).**

**Di conseguenza, la vocazione dello Stato è determinata non tanto dalla necessità di attribuire un proprietario ai beni, quanto dalla convenienza di procurare che, anche in difetto di parenti, possa esplicarsi quell'istituto d'importanza così vitale per il sociale consorzio che è l'istituto della successione.**

**Se la vocazione dello Stato avesse per iscopo essenziale quello che nell'opinione combattuta gli si attribuisce, esso dovrebb'essere un erede *necessario*, senza facoltà di rinunziare alla devolutagli successione. Ora niuna disposizione si trova nella legge che faccia eccezione, a carico dello Stato, alla regola generale per cui qualunque successibile ha diritto di ripudiare l'eredità che gli sia devoluta, e l'autorizzata, anzi imposta, nomina d'un curatore all'eredità quando gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunziato, necessariamente presuppone la facoltà di ripudio anche da parte dello Stato. E per verità non si saprebbe perchè, a differenza degli altri successibili, lo Stato dovrebbe necessariamente sobbarcarsi all'improficua gestione d'una eredità passiva che gli fosse devoluta. Nè dicasi che, ridotta l'eredità alla condizione di giacenza, quando il relativo curatore, terminatane la liquidazione, si trovasse ad avere ancora un residuo attivo fra le mani, quest'attività rimarrebbe senza padrone. Perciocchè è esplicito disposto di legge che la rinunzia non preclude l'adito al rinunziante d'accettare più tardi l'eredità (2), e di questo disposto non mancherà certamente di valersi la pubblica finanza non appena le venga a constare che l'eredità da essa rinunziata offra qualche utile.**

**Da ciò che lo Stato nel succedere per legge non esercita una funzione pubblica, ma *utitur iure privatorum*, scende logica la conseguenza che anche nel caso in cui uno straniero decedesse in Italia senza lasciar parenti successibili, si applicherà nella sua integrità l'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile, per cui le successioni legittime sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta; e quindi sarà lo Stato cui lo straniero apparteneva, e non lo Stato italiano, che conseguirà l'eredità; appena occorrendo osservare che ciò non induce alcuna intrusione d'una sovranità estera nello Stato nostro, inquantochè la potenza straniera succede quale persona privata e non quale ente pubblico (3).**

**Crediamo però che, a differenza dagli altri enti morali, lo Stato non abbisogni di speciale autorizzazione sovrana per accettare le eredità che per legge gli vengano deferite.**

**Da un lato infatti l'obbligo che, anche per lui incombe d'accettare col beneficio d'inventario (4) vale a premunirlo contro ogni eventuale pregiudizio economico che potesse provenire dall'accettazione.**

**D'altro lato le devoluzioni successorie a favore degli enti morali minori non possono aver luogo che in forza di testamento, ed è còmpito dell'autorità governativa di verificare previamente se per effetto di tali disposizioni non si rechi per avventura iniqua offesa alle ragioni del sangue o non si accresca indebitamente la manomorta; ma nel caso nostro, in cui lo Stato è chiamato a succedere per virtù di legge ed in mancanza d'ogni altro successore, siffatte preliminari indagini non avrebbero plausibile fondamento.**

**Gli svolti riflessi però consiglierebbero l'adozione del contrario avviso qualora si trattasse di successione devoluta allo Stato *per testamento*.**

**177. Potrebbe a prima giunta sembrare che di fronte al principio a cui s'informano nel nostro Codice le successioni *ab intestato*, vale a dire la presunta intenzione dell'estinto, anzichè allo Stato, l'eredità di chi deceda senz'altri eredi avrebbe dovuto deferirsi al Comune cui il defunto apparteneva, o ad enti morali a cui poteva trovarsi legato da vincoli speciali di riconoscenza (5); inquantochè se frequenti occorrono i testamenti in cui si leggono**

(1) Borsari, § 1625; Orsini, nella *Legge*, 1891, 1, 717.

(2) Art. 950 Cod. civ.

(3) Fulci, § XLI; Cavallaro-Freni, n. 140; Gianturco, p. 110; Ricci, n. 81; Pacifici-Mazzoni, p. 407; Borsari, § 1626 e seg.; Orsini, monogr. cit. In senso contr.: Buniva, p. 92.

(4) Capov. art. 932 Cod. civ.

(5) V. in questo senso, Buniva, p. 93 e seg.; Luzzatto, *L'art. 758 del Codice civile* Firenze 1895).

Dai lavori preparatorii del Codice civile albertino si desume a questo proposito quanto segue:

(Sezione di grazia e giustizia). Taluno dei membri ha osservato che in Francia, con avviso di quel Consiglio di Stato, approvato il 3 novembre 1809, si è dichiarato che gli oggetti mobili portati negli ospizi da infermi, i quali, dopo di essere stati nei medesimi curati e mantenuti gratuitamente, si rendessero ivi defunti, appartengono a questi ospizi, ad esclusione degli eredi del defunto e del fisco; che rispetto poi agli oggetti mobili portati da infermi od incurabili, la cura ed il mantenimento dei quali sia stato in qualsiasi maniera soddisfatto, possano gli eredi o legatari dei medesimi far valere sopra detti oggetti i loro diritti, e che, nel caso di mancanza di eredi, gli stessi oggetti debbano spettare ai suddetti ospizi, ad esclusione sempre del fisco.

Queste disposizioni parvero alla sezione degne d'essere sottoposte all'esame dell'intero Consiglio di Stato.

(Discussioni al Consiglio di Stato). Viene dal Consiglio esaminata l'avvertenza della sezione di grazia e giustizia relativamente alla successione mobiliare di coloro che muoiono in ospizi nei quali furono ricoverati.

Un membro trova equa la disposizione per ciò che spetta al dare gli oggetti dei ricoverati agli ospizi, di preferenza al fisco, ma è d'avviso contrario se vi sono parenti. Gli spedali essendo principalmente stabiliti pei poveri, non ravvisa giusto che i parenti debbano essere privati degli oggetti mobili ivi portati da un infermo che vi sia stato curato e mantenuto gratuitamente.

Il Guardasigilli osserva, che il riflesso fatto dal preopinante pel caso in cui vi sieno parenti pare giusto, ma vi è altresì l'inconveniente che, se i parenti non si presentano, l'ospizio dovrà sempre tenere gli oggetti in deposito.

Un membro crede che non convenga mettere in un Codice cose minute, e che debbano le medesime lasciarsi in regolamenti speciali.

Eccita altro membro il dubbio per le successioni degli esposti, se non debbano le medesime appartenere agli ospizi da cui furono allevati, di preferenza al fisco.

Dice un membro che saranno pochi i casi in cui gli esposti lascino qualche sostanza nella loro successione; inoltre, perchè la successione spettasse al fisco, sarebbe d'uopo che quell'esposto non avesse figli, non avesse moglie, non avesse fatto testamento.

Il Guardasigilli osserva parimenti, essere rari i casi in cui vi sia una successione dell'esposto che spetti al fisco, e per questi casi rari provvederebbe il Sovrano, da cui probabilmente sarà data la successione all'ospizio.

Si determina di non inserire nel Codice veruna disposizione sui punti sovra indicati.

(*Motivi del Codice civile albertino*, II, p. 221).

Con Regie Patenti 16 aprile 1839 per gli Stati Sardi, venne disposto che le eredità vacanti lasciate da trovatelli dovessero cedere a pro' degli ospizi dai quali furono essi ricoverati e mantenuti.

In occasione della compilazione del Codice civile italiano, la questione tornò a sollevarsi in seno alla Commissione di coordinamento.

Si legge a questo proposito nel verbale n. 28 (seduta delli 11 maggio 1865) al § XI:

disposizioni di questa natura, rarissimo sia il caso in cui anche chi si trovi senza eredi pensi a chiamare in suo successore lo Stato.

Senonchè vuolsi avvertire che il devolvere l'eredità ad altro ente che non fosse lo Stato non avrebbe potuto farsi senz'arbitrii, senz'aprir l'adito a molteplici ed ardue contestazioni. D'altro canto, non sarebbe stato scevro d'incongruenza che mentre la legge subordina alla governativa autorizzazione l'acquisto, per parte dei corpi morali, a titolo di donazione o di testamento (1), e ciò, fra altro, anche all'oggetto d'evitare il pericolo di un eccessivo accumularsi della manomorta, avesse poi consentito che a tali enti minori potessero liberamente devolversi, per titolo di successione legittima, eredità che potevano anch'essere cospicue e sproporzionate ai bisogni degli enti stessi.

« Un commissario (Chiesi) presenta uno scritto direttogli dal cav. Vedriani di Reggio dell'Emilia, già Presidente del Tribunale di revisione di Modena, col quale si proporrebbe di adottare nel Codice una disposizione analoga a quella che era stata sancita colle Patenti di Re Carlo alberto del 16 aprile 1839, e che era pure stata stabilita col Decreto del 15 frimaio, anno 13, in Francia, e colle leggi del 29 dicembre 1828 e 21 gennaio 1829 nell'ex reame delle Due Sicilie, per cui la successione degli esposti, i quali non lascino superstiti discendenti ne' coniugi, sia devoluta, in preferenza dello Stato, a quello stabilimento di pubblica beneficenza cui l'esposto appartenga od abbia appartenuto.

« Reputando l'onorevole commissario equa e conveniente una simile disposizione, dichiara di voler far sua la proposta del sig. Vedriani, e chiede che si aggiunga nel Codice un articolo che la contenga, e ciò dopo l'art. 776 e prima di quello in cui si dichiara che in mancanza delle persone chiamate a succedere secondo le regole precedentemente stabilite, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato.

« Ma si osserva da un commissario (Pisanelli) che le ragioni di equità, sulle quali tale disposizione sarebbe fondata, accennano ad un ordine d'idee affatto diverso da quello su cui è basata la successione legittima, la quale deve dipendere unicamente dai fatti costanti della parentela e del vincolo coniugale; che il legislatore non può addentrarsi nella contemplazione di fatti accidentali e mutabili e di ragioni speciali, le quali valgono bensì a guidare la volontà espressa del testatore, che per riconoscenza, per benevolenza, per carità o per altro motivo qualunque lasci le sue sostanze a taluno, ma non possono servire di guida alla legge per supplire quella volontà; massime, che, accettando il principio per un caso, bisognerebbe estenderlo ad altri, per i quali si avrebbero le stesse e forse maggiori ragioni di equità; ciò che sarebbe impossibile di fare, non solo senza inconvenienti e pericoli, ma anche senza travisare e sconvolgere tutto il sistema delle successioni intestate.

« Si nota inoltre da altri (A. De Foresta) che non possono invocarsi ad esempio le anzidette R. Patenti e Decreti, poichè le disposizioni in esse contenute non erano che atti speciali di applicazione, ossia destinazione del prodotto di quelle successioni appartenenti allo Stato, ai pii istituti ivi contemplati, ciocchè il Sovrano nella plenitudine dei suoi poteri poteva fare, ma erano disposizioni di beneficenza, talmente di loro natura rivocabili, che nessuno ha mai proposto di farne soggetto di deroga alle disposizioni del Codice.

« Messa per tanto ai voti questa proposta, è respinta con voti 9 sopra 10 ».

(1) Art. 932 e 1060 Cod. civ.

*Avv.* CESARE LOSANA.

FINE DEL VOLUME XXII, PARTE III.

# INDICE ALFABETICO

## DEL VOLUME XXII - PARTE III

# INDICE DEGLI ARTICOLI

## DEI CODICI ITALIANI, DECRETI E REGOLAMENTI

### ILLUSTRATI NEL PRESENTE VOLUME

#### Disposizioni preliminari del Codice civile.



#### Codice civile.

# ERRATA-CORRIGE.

| Pag. | Col. | Linea | ERRATA | CORRIGE |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 2 | 13 | num morti | num mariti |
| 2 | » | 53 | inconcess- | inconcep- |
| 4 | » | 19 | dalla eredità | della eredità |
| 6 | » | 25 | pro parte intestum | pro parte intestatum |
| 9 | 1 | 14 | si avveri alla | si avvera alla |
| » | » | 33 | et sit cum iis | ut sit cum iis |
| » | » | 38 | testa factio | testamenti factio |
| » | 2 | 2 | 28, IV. | 28 e 28 bis, IV. |
| 10 | » | 7 | hæreditas petitio | hæreditatis petitio |
| » | » | 17 | della vindiciae | delle vindiciae |
| 13 | 1 | 2 | essa possibile | esso possibile |
| » | » | 6 | alle hæreditas | alla hæreditas |
| » | 2 | 43 | le concedeva | la concedeva |
| 18 | 1 | 35 | in manu sit | in manu fuerit |
| 20 | 2 | 61 | correrà col | correra col |
| 22 | 1 | 8 | justare moratione | justa semotis ratione |
| 24 | 2 | 44 | famiglia naturale | famiglia civile |
| 30 | 1 | 11 | il padre loro | dal padre loro |
| 32 | 2 | 15 | de cujus hæreditato | de cujus hæreditate |
| » | » | 61 | tuzione | stituzione. |
| 35 | » | 59 | la clausole | la clausola |
| 39 | » | 22 | disposizioni del | disposizioni per |
| 43 | 1 | 31 | I figli condannati | I figli dei condannati |
| 45 | » | 5 | istituita | istituite |
| » | 2 | 46 | e si finì dal | e si finì col |
| 48 | 1 | 49 | datutela, tutela custodetelaque | datela, tutela custode laque |
| 52 | » | 35 | missinus | misimus |
| » | 2 | 20 | o si estende | o si estenda |
| 59 | » | 16 | causa di | causa in |
| 60 | » | 23 | non potuit | non potui |
| » | » | 57 | a lei sostituita | a lei sostituito |
| 61 | » | 10 | vestum legare | vestem legare |
| 62 | 1 | 5 | costituzione | istituzione |
| 64 | 2 | 38 | secondo esso | secondo essi |
| 65 | » | 47 | qui reliqui | qui reliquias |
| 66 | 1 | 55 | la condizione, se | la condizione che |
| 67 | » | 15 | la prima di essa | la prima di esse |
| 69 | » | 67 | in una simile | una simile |
| 71 | 2 | 37 | promississet | promisisset |
| 72 | 1 | 52 | e nel modo | e dal modo |
| 76 | » | 39 | is verbis | his verbis |
| » | 2 | 42 | E quindi | È quindi |
| 82 | » | 19 | 159 | 159. Indipendenza della sostituzione dall'istituzione — obbligo dei legati — porzione del sostituito; — 159 bis |
| 84 | 1 | 42 | 159 | 159 bis |
| 85 | » | 34 | doppia costituzione | doppia sostituzione |
| 92 | » | 47 | ritorna | ritorni |
| » | 2 | 12 | dustaxat | dumtaxat |
| 98 | » | 20 | ad externum | ad extremum |
| 99 | » | 35 | apperuit | aperuit |
| 101 | 1 | 26 | quoque | quoquo |
| 102 | » | 33 | desinant | desinunt |
| 103 | 2 | 10 | quendam | quondam |
| 104 | 1 | 16 | consegnatis | consignatis |
| 107 | » | 48 | appellantur | appellatur |
| 108 | » | 46 | civile nel | civile del |

| Pag. | Col. | Linea | ERRATA | CORRIGE |
|---|---|---|---|---|
| 110 | 1 | 21 | dustaxat | dumtaxat |
| 112 | 2 | 14 | XII tabulorum | XII tabularum |
| 117 | » | 40 | istituiti | istituite |
| 118 | » | 14 | exstraneorum | extraneorum |
| » | » | 15 | exstraneos | extraneos |
| 119 | » | 22 | questo | questa |
| 120 | » | 12 | non adiciatur | non adiiciatur |
| 123 | » | 9 | opportuna | opportuno |
| 125 | » | 53 | anche l'ultimo | secondo l'ultimo |
| 128 | 1 | 4 | Dius Pius | Divus Pius |
| 132 | » | 13 | per intera | per intero |
| 133 | » | 48 | emonumenta | emolumenta |
| 140 | » | 5 | innominatim | nominatim |
| 144 | 2 | 17 | il testare | il testatore |
| 145 | 1 | 6 | exstraneo | extraneo |
| 146 | 2 | 7 | preta | preti |
| 147 | » | 11 | era stata | era stato |
| 153 | » | 52 | nepotisve | neptisve |
| » | » | 54 | nepotisve | neptisve |
| 158 | 1 | 30 | tenta | tenda |
| 162 | 2 | 31 | forma su cui | forma in cui |
| 165 | » | 41 | è sul | è nel |
| 166 | 1 | 50 | e di una | ed in una |
| 169 | 2 | 51 | a rivolarsi | a rivelarsi |
| 170 | 1 | 9 | accipientum | accipiendum |
| 171 | » | 45 | legitimi ictibus | legitimis ictibus |
| 175 | » | 23 | sue quoque bona | sua quoque bona |
| 177 | 2 | 53 | dei dipendenti | dei discendenti |
| » | » | 54 | all'ascendente | al discendente |
| 178 | 1 | 6 | insieme un | insieme da un |
| » | » | 41 | ereditato il | ereditato dal |
| » | » | 45 | la persona | dalla persona |
| » | » | 46 | il padre | dal padre |
| » | » | 55 | il padre | dal padre |
| 180 | » | 16 | ad Etictum | ad Edictum |
| 181 | » | 41 | Nozioni | Nozione |
| » | 2 | 3 | del pictus | del fictus |
| 183 | 1 | 53 | inflettenti | riflettenti |
| 184 | » | 25 | estinzione | estensione |
| 186 | 2 | 16 | provveda | provvede |
| 189 | » | 28 | apporre | opporre |
| 190 | 1 | 39 | oonorum | bonorum |
| » | 2 | 20 | Il principii | I principii |
| 193 | 1 | 55 | È detta | È detto |
| 196 | 2 | 10 | et repuserit | et spreverit |
| 201 | » | 60 | Su questo modo | In questo modo |
| 204 | » | 2 | poggia | poggi |
| 210 | » | 33 | et repuerit | et spreverit |
| 211 | » | 13 | del diritto | dal diritto |
| 212 | 1 | 39 | et expressit | et expressis |
| » | » | 61 | invero alter | si alter |
| 214 | » | 21 | nel corso | nel caso |
| 215 | 2 | 14 | ecclesia | ecclesiis |
| 216 | 1 | 57 | dette | detta |
| 217 | 2 | 47 | mile | mille |
| 224 | 1 | 3 | nec ex res | nec ea res |
| » | » | 8 | cifra determinante | cifre determinate |
| 227 | 2 | | aspernandam | aspernendam |
| 228 | 1 | 12 | pamnas | damnas |
| 234 | » | 58 | L. 63 | L. 71 |
| » | » | 63 | naturale | naturales |

| Pag. | Col. | Linea | ERRATA | CORRIGE |
|---|---|---|---|---|
| 237 | 1 | 21 | provvedersi | provvederseli |
| » | » | 22 | segnarlo | segnarli |
| 240 | 2 | 51 | jure in re | jura in re |
| » | » | 56 | esso in qualunque | il quale in qualche |
| 241 | 1 | 21 | manca dopo | manchi dopo |
| » | » | 59 | non solo quando | ma solo quando |
| 242 | 2 | 27 | se il | che il |
| 246 | » | 38 | L. 4 | L. 8 |
| » | » | 45 | si socii fecimus? | si socii fuimus? |
| » | » | 62 | in legatum | in legato |
| 248 | 1 | 36 | partitio legato | partitio legata |
| 251 | » | 37 | Dea causam) | Deo causam) |
| » | » | 43 | Cauzione | Coazione |
| » | » | 48 | Effetto della cauzione | Effetto della coazione |
| 252 | 2 | 30 | di accettare | ad accettare |
| 253 | » | 8 | L. 14 | L. 13 |
| » | » | 27 | L. 15 | L. 14 |
| 254 | 1 | 5 | L. 72 | L. 70 |
| » | » | 9 | L. 73 | L. 71 |
| 255 | 2 | 11 | non rinascano | non rinascono |
| 256 | » | 1 | istituzione | restituzione |
| 257 | 1 | 61 | tenta a | tenta di |
| 261 | » | 10 | reversus fecerit | reversus fuerit |
| » | 2 | 60 | una acceptilatio | con una acceptilatio |
| 262 | » | 17 | Falcidia e i legati | Falcidia dei legati |
| 272 | 1 | 12 | trasformarne | trasformare |
| 278 | » | 52 | sia stato | sia stata |
| 279 | 1 | 29 | scortato | scartato |
| 281 | » | 20 | 85 | 35 |
| 288 | » | 36 | atque cognatus | atque cognatos |
| 290 | » | 34 | nè dall'una | nè dell'una |
| » | » | 35 | nè dall'altra | nè dell'altra |
| 293 | 2 | 46 | di quella del | di quello del |
| 294 | 1 | 45 | l'incizione | la concezione |
| 330 | 2 | 53 | espressa dal | espressa dei |
| 338 | 1 | 29 | i modo che | in modo che |
| 404 | 2 | 10 | si fu più fermo | si fu più fermi |
| 418 | » | 15 | (art. 836) | (art. 936) |
| 419 | » | 59 | di gestione | atto di gestione |
| 424 | 1 |  | l'art 924 | l'art. 934 |
| 425 | 2 | 3 | e si dà | e dà |
| 429 | 1 | 55 | e soggetta | e soggetto |
| 430 | » | 24 | dei debitori | dei creditori |
| 444 | » | 30 | l'art. 850 | l'art. 950 |
| 451 | » | 6 | dell'art. 935 | dell'art. 933 |
| 456 | 2 | 34 | 136. Concessioni | 136. Concezioni |
| » | » | 42 | Esame del se- | 147. Esame del se- |
| 463 | 1 | 35 | nell'art. 890 | nell'art. 980 |
| 483 | 2 | 12 | beneficato | beneficiato |
| 483 | » | 15 | dell'art. 987 | dell'art. 897 |
| 484 | » | 21 | l'art. 42 | l'art. 43 |
| 491 | 1 | 44 | art. 893 | art. 983 |
| 536 | 2 | 36 | riconocenza | riconoscenza |

| Pag. | Col. | Linea | ERRATA | CORRIGE |
|---|---|---|---|---|
| 237 | 1 | 21 | provvedersi | provvederseli |
| " | " | 22 | segnarlo | segnarli |
| 240 | 2 | 51 | jure in re | jura in re |
| " | " | 56 | *esso* in qualunque | *il quale* in qualche |
| 241 | 1 | 21 | manca dopo | manchi dopo |
| " | " | 59 | *non* solo quando | *ma* solo quando |
| 242 | 2 | 27 | *se* il | *che* il |
| 246 | " | 38 | L. 4 | L. 8 |
| " | " | 45 | si socii fecimus? | si socii fuimus? |
| " | " | 62 | in legatum | in legato |
| 248 | 1 | 36 | partitio legato | partitio legata |
| 251 | " | 37 | Dea causam) | Deo causam) |
| " | " | 43 | Cauzione | Coazione |
| " | " | 48 | Effetto della cauzione | Effetto della coazione |
| 252 | 2 | 30 | *di* accettare | *ad* accettare |
| 253 | " | 8 | L. 14 | L. 13 |
| " | " | 27 | L. 15 | L. 14 |
| 254 | 1 | 5 | L. 72 | L. 70 |
| " | " | 9 | L. 73 | L. 71 |
| 255 | 2 | 11 | non rinascano | non rinascono |
| 256 | " | 1 | istituzione | restituzione |
| 257 | 1 | 61 | tenta *a* | tenta *di* |
| 261 | " | 10 | reversus fecerit | reversus fuerit |
| " | 2 | 60 | una acceptilatio | *con* una acceptilatio |
| 262 | " | 17 | Falcidia *e i* legati | Falcidia *dei* legati |
| 272 | 1 | 12 | trasformarne | trasformare |
| 278 | " | 52 | sia stato | sia stata |

| Pag. | Col. | Linea | ERRATA | CORRIGE |
|---|---|---|---|---|
| 279 | 1 | 29 | scortato | scartato |
| 281 | " | 20 | 85 | 25 |
| 288 | " | 36 | atque cognatus | atque cognates |
| 290 | " | 34 | nè dall'una | nè dell'una |
| " | " | 35 | nè dall'altra | nè dell'altra |
| 293 | 2 | 46 | di quella del | di quello del |
| 294 | 1 | 45 | *l'incizione* | *la concezione* |
| 330 | 2 | 53 | espressa dal | espressa del |
| 338 | 1 | 29 | i modo che | in modo che |
| 404 | 2 | 10 | si fu più ferme | si fu più fermi |
| 418 | " | 15 | (art. 886) | (art. 936) |
| 419 | " | 59 | di gestione | *atto* di gestione |
| 424 | 1 | | l'art 924 | l'art. 934 |
| 425 | 2 | 3 | e *si* dà | e dà |
| 429 | 1 | 55 | e soggetta | e soggetto |
| 430 | " | 24 | dei debitori | dei creditori |
| 444 | " | 30 | l'art. 850 | l'art. 950 |
| 451 | " | 6 | dell'art. 935 | dell'art. 933 |
| 456 | 2 | 34 | 136. Concessioni | 136. Concezioni |
| " | " | 42 | Esame del se- | 147. Esame del se- |
| 463 | 1 | 35 | nell'art. 890 | nell'art. 980 |
| 483 | 2 | 12 | beneficato | beneficiato |
| 482 | " | 15 | dell'art. 987 | dell'art. 897 |
| 484 | " | 21 | l'art. 42 | l'art. 43 |
| 491 | 1 | 44 | art. 893 | art. 983 |
| 536 | 2 | 36 | riconocenza | riconoscenza |